

Willensmängel bei Prozesshandlungen des Beschuldigten

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

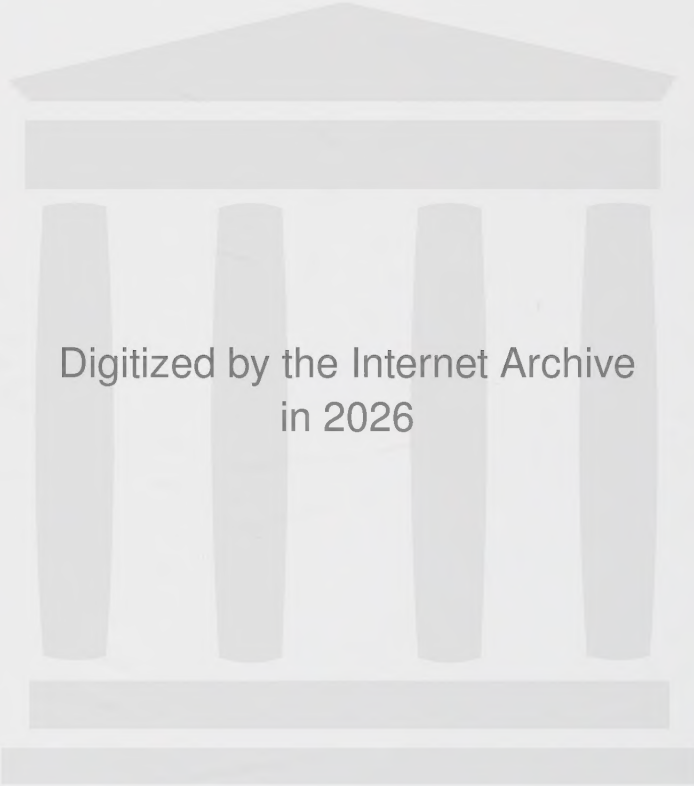
vorgelegt von

STEFAN KNECHT
von Uster und Hinwil ZH

genehmigt auf Antrag von Herrn
Prof. Dr. Peter Noll

1980

Schulthess Polygraphischer Verlag AG
Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Willensmängel bei Prozesshandlungen des Beschuldigten

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

STEFAN KNECHT
von Uster und Hinwil ZH

genehmigt auf Antrag von Herrn
Prof. Dr. Peter Noll

1980

Schulthess Polygraphischer Verlag AG
Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Dezember 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Druck: Juris Druck + Verlag AG, Zürich
© Copyright 1980 by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich
ISBN 3 7255 2042 9

Meinen Eltern

Ich danke allen, die in irgendeiner Weise zu dieser Arbeit beigetragen haben.

Ganz besonders danke ich Herrn Professor Dr. P. Noll für seine Anregungen zum Thema der Arbeit sowie für die freundliche und hilfreiche Unterstützung bei der Gestaltung des Stoffes. Zu Dank verpflichtet bin ich ferner Herrn lic.iur. H.-J. Utz für die kritische Durchsicht einer entscheidenden Passage der Arbeit sowie Frau E. Casty, welche freundlicherweise die nicht ganz leichte Aufgabe übernahm, das Manuskript in die Reinschrift zu übertragen.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

LITERATURVERZEICHNIS

EINLEITUNG	1
------------	---

ERSTER TEIL

§ 1 DIE PROZESSHANDLUNGEN	3
---------------------------	---

I. ALS BEGRIFF DES ALLGEMEINEN PROZESS- RECHTS	3
---	---

1. Das Wesen des Prozesses	5
----------------------------	---

a. Der Prozesszweck	6
---------------------	---

b. Der Prozess als 'rechtlich ge- ordneter Vorgang'	6
--	---

c. Die Dynamik des Prozesses	7
------------------------------	---

d. Die Prozess- oder Rechtslage	8
---------------------------------	---

2. Begriff und Funktion der Prozess- handlung	9
--	---

a. Der Begriff	9
----------------	---

b. Die Funktion	11
-----------------	----

3. Die Prozesshandlungen im Straf- und Zivilprozess	12
--	----

a. Maximen	12
------------	----

b. Der Parteibegriff	14
----------------------	----

II. DIE PROZESSHANDLUNG IM STRAFPROZESS	14
---	----

1. Die Lehre in Deutschland	14
-----------------------------	----

2. Die Lehre in der Schweiz	17
-----------------------------	----

3. Die Prozesshandlungen in den schweizerischen Strafprozessgesetzen	18
III. DIE STRAFPROZESSUALEN WILLENSERKLÄRUNGEN DES BESCHULDIGTEN	18
1. Allgemeines	18
2. Strafprozessuale und privatrechtliche Willenserklärungen	20
3. Die Auslegung der prozessualen Willenserklärungen des Beschuldigten	22
a. Allgemeines	23
b. Der Gegenstand der Auslegung	25
c. Das Ziel der Auslegung	26
d. Die Mittel der Auslegung	28
IV. DIE WIDERRUFLICHKEIT DER PROZESSUALEN WILLENSERKLÄRUNGEN DES BESCHULDIGTEN	29
1. Der Begriff	29
2. Der Widerruf von Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen	30
§ 2 WILLENSMÄNGEL BEI PROZESSUALEN WILLENSERKLÄRUNGEN DES BESCHULDIGTEN; DIE UNMÖGLICHKEIT EINER EINHEITLICHEN LÖSUNG	33
I. WILLENSMÄNGEL	33
1. Allgemeines	33
2. Tauglichkeit der privatrechtlichen Begriffe?	34
3. Erscheinungsformen der Willensmängel im Strafprozessrecht	36
a. Erklärungsirrtum	36

	Seite
<i>b. Motivirrtum</i>	37
<i>c. Täuschung</i>	38
<i>d. Drohung</i>	38
 II. DIE BEHANDLUNG DER WILLENSMÄNGEL IN DEN SCHWEIZERISCHEN STRAFPROZESSGE- SETZEN	 39
1. Irrtum über die zuständige Behörde	40
<i>a. Die zürcherische Regelung</i>	40
<i>b. Die Regelung im Bunde</i>	42
2. Irrtümliche Bezeichnung des Rechts- mittels	43
3. Die Restitution	44
<i>a. Die zürcherische Regelung</i>	44
<i>aa. Die verschiedenen Willens- mängel</i>	45
<i>bb. Weitere Voraussetzungen der Restitution</i>	49
<i>b. Die Regelung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundes- rechtspflege</i>	51
4. Fazit	53
5. Ausblick auf die Methode	54
 III. KEINE EINHEITLICHE LÖSUNG	 57
1. Die Ursache	57
2. Die Folge für die vorliegende Arbeit	60

ZWEITER TEIL

WILLENSMÄNGEL BEI
RECHTSMITTELVERZICHT UND -RÜCKZUG

§ 1	DIE ZU BEHANDELNDEN RECHTSBEHELFE	62
I.	DIE ZÜRCHERISCHE STRAFPROZESSORDNUNG	62
II.	DIE STRAFPROZESSORDNUNGEN DER ÜBRIGEN KANTONE UND DES BUNDES	63
§ 2	RECHTSMITTELVERZICHT UND -RÜCKZUG	65
I.	DIE DEUTSCHE STRAFPROZESSORDNUNG	65
II.	DIE REGELUNG IN DER SCHWEIZ	67
	1. Allgemeines	67
	a. Begriff und Wesen der Erklärung	67
	b. Zulässigkeit der Erklärung	67
	c. Der Zeitpunkt der Erklärung	70
	d. Der Adressat der Erklärung	70
	e. Die Wirkung der Erklärung	71
	f. Form und Inhalt der Erklärung	73
	2. Die Auslegung der Erklärung	73
	3. Die Unwiderruflichkeit der Erklärung	77
§ 3	DER EINFLUSS VON WILLENSMÄNGELN AUF DIE VERZICHTS- UND RÜCKZUGSERKLÄRUNG IN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG	79

	Seite
I. <i>ÜBERBLICK ÜBER DEN STAND DER MEINUNGEN</i>	79
1. <i>Die Lehre und Rechtsprechung in Deutschland</i>	79
2. <i>Die Lehre in der Schweiz</i>	81
3. <i>Die Praxis in der Schweiz</i>	83
II. <i>KRITIK</i>	85
1. <i>Der Schluss von der Unwiderruflichkeit auf die Unanfechtbarkeit</i>	86
2. <i>Der Schluss von der Nichtanwendbarkeit der privatrechtlichen Willensmängelnormen auf die Unanfechtbarkeit</i>	87
3. <i>Der Schluss von der Praxis bei Strafantragsverzicht und -rückzug auf diejenige bei den Rechtsmitteln</i>	88
4. <i>Der Schluss vom sofortigen Eintritt der Rechtskraft auf die Unanfechtbarkeit</i>	89
5. <i>Die "Gefährdung der Rechtssicherheit"</i>	90
6. <i>Die Wichtigkeit des Verteidigungsrechtes und die Billigkeitsgründe</i>	91
§ 4 <i>VORBEREITUNG DER LÖSUNG</i>	92
I. <i>DIE BESONDERE RECHTSLAGE IM RECHTSMITTELVERFAHREN UND DER GELTUNGSBEREICH DER LÖSUNG</i>	92
1. <i>Die Rechtslage</i>	92
2. <i>Der sachliche Geltungsbereich der Lösung</i>	94

	Seite
II. DIE ÜBERBEWERTUNG DER RECHTSSICHERHEIT	95
1. Die Rechtssicherheit als "Sicherung des Rechtes gegen Abänderung"	95
2. Rechtsfriede und Rechtssicherheit	99
3. Die Interessenabwägung	100
III. VERSUCHE ZUR SCHAFFUNG EINES LÖSUNGSMUSTERS	102
1. Analoge Anwendung der Art. 23 ff. OR?	103
2. Uebernahme der Lösung aus dem Zivilprozessrecht?	105
3. Zwei Lösungsvorschläge aus der deutschen Literatur	106
a. Der Vorschlag von DAHRMANN	106
b. Der Vorschlag von DENCKER	107
§ 5 DIE LÖSUNG IM ALLGEMEINEN	111
I. KRITERIEN DER TAUGLICHKEIT EINER LÖSUNG	111
II. DIE ANALOGE ANWENDUNG DER WIEDERHERSTELLUNGSVORSCHRIFTEN	112
1. Die generelle Eignung der Restitution	112
2. Rechtfertigung des Analogieschlusses	113
3. Zur Kritik an der Analogie	114

	Seite
4. <i>Die Wiederherstellung in den Strafprozessordnungen der Kantone und im Organisationsgesetz des Bundes</i>	116
 § 6 DIE LÖSUNG IM EINZELNEN	 118
 I. WILLENSMÄNGEL, DIE VOR ABLAUF DER RECHTSMITTELFRIST GELTEND GEMACHT WERDEN	 118
 II. WILLENSMÄNGEL, DIE ERST NACH FRISTABLAUF GELTEND GEMACHT WERDEN	 120
1. <i>Willensmängel, die von Behörden verursacht worden sind</i>	121
a. <i>Irrtum</i>	122
aa. <i>Erklärungsirrtum</i>	123
bb. <i>Motivirrtum</i>	123
aaa. <i>Der Irrtum über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels</i>	124
bbb. <i>Der Irrtum über weitere Umstände</i>	127
cc. <i>Fazit</i>	127
b. <i>Täuschung</i>	128
c. <i>Drohung und Zwang</i>	129
2. <i>Nicht durch Behörden verursachte Willensmängel</i>	131
a. <i>Irrtum</i>	132
aa. <i>Erklärungsirrtum</i>	132
bb. <i>Motivirrtum</i>	132
b. <i>Täuschung</i>	135
c. <i>Drohung und Zwang</i>	135

	Seite
§ 7 WILLENSMÄNGEL IM VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM BESCHULDIGTEN UND SEINEM VERTEIDIGER	137
I. WILLENSMÄNGEL DES VERTEIDIGERS	138
1. Der Verteidiger als 'Vertreter im Willen'	138
2. Die Behandlung der Willensmängel des Verteidigers	141
II. DURCH DEN VERTEIDIGER VERURSACHTE WIL- LENSMÄNGEL DES BESCHULDIGTEN	143
1. Irrtum und Täuschung	144
2. Drohung und Zwang	146
§ 8 DAS VERFAHREN ZUR RÜCKGÄNGIGMACHUNG EINER MIT EINEM WILLENSMANGEL BEHAFTETEN ERKLÄRUNG	147
I. GRUNDSÄTZLICHES	147
II. DAS VERFAHREN IM EINZELNEN	149
1. Berücksichtigung des Willensmangels von Amtes wegen?	149
2. Sachliche Zuständigkeit	150
3. Form und Inhalt	151
4. Frist	152
5. Beweisfragen	152
6. Rechtsmittel	153

LITERATURVERZEICHNIS

- ARENS P.: Willensmängel bei Partei-handlungen im Zivilprozess (Berlin und Zürich 1968).
- BAUMGÄRTEL G.: Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess (Berlin und Frankfurt 1957).
- BINDOKAT H.: Zur Frage des Irrtums bei Prozesshandlungen, in NJW 1956, 51.
- BIRCHMEIER W.: Bundesrechtspflege (Zürich 1950).
- BRUNNER P.: Die Stellung des Geschädigten im zürcherischen Offizial- und subsidiären Privatstrafklageverfahren (Diss. Zürich 1976).
- BUCHER F.: Der Verzicht im Strafprozess (Diss. Zürich 1882).
- BÜLOW O.: Die Lehre von der Prozesseinrede (Neudruck der Ausgabe Giessen 1868, Aalen 1969).
- BURCKHARDT W.: Methode und System des Rechts (Nachdruck Zürich 1971).
- von BÜREN B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964).
- BÜRGI H.: Die Behördenorganisation und das ordentliche Verfahren nach der Revision des thurgauischen Strafprozessrechts (Diss. Zürich 1973).
- CLERC F.: Strafantrag (Art. 28 - 31 StGB), Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 954 (zit. SJK 954).
- ders.: Le procès pénal en Suisse romande (Paris 1955).
- ders.: Initiation à la justice pénale en Suisse (Neuchâtel 1975).
- COMTESSE F.: Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht, in ZSR 65, 61a ff.
- DAHRMANN D.: Der Widerruf von Rechtsmittelverzicht und -zurücknahme im Strafprozess (Diss. Köln 1966).

- DENCKER F.: Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme im Strafprozess (Bonn 1972).
- DUBACH W.: Drei Aufsätze in: Aargauisches Strafprozessrecht, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins (Aarau 1961).
- FLUME W.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft (2. A. Berlin/Heidelberg/New York 1975).
- GAUL H.F.: Willensmängel bei Prozesshandlungen, in AcP 172, 342 ff.
- GEBISTORF B.: Die luzernische Kassationsbeschwerde in Strafsachen (Diss. Freiburg 1970).
- GERMANN O.A.: Probleme und Methoden der Rechtsfindung (2. A. Bern 1967), (zit. Probleme).
- ders.: Grundlagen der Rechtswissenschaft (2. A. Bern 1968), (zit. Grundlagen).
- GMÜR M.: Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB (Bern 1908).
- GOLDSCHMIDT J.: Der Prozess als Rechtslage (Berlin 1925, Neuauflage Aalen 1962).
- GOLLWITZER W.: in Löwe/Rosenberg, 3. Bd., § 213 - 332.
- GRUNSKY W.: Grundlagen des Verfahrensrechts (2. A. Bielefeld 1974).
- GRÜNWARD G.: Die Teilrechtskraft im Strafverfahren (Göttingen 1964).
- GUHL T./MERZ H./KUMMER M.: Das Schweizerische Obligationenrecht (6. A. Zürich 1972).
- GULDENER M.: Schweizerisches Zivilprozessrecht (2. A. Zürich 1958).
- ders.: Wiederherstellung bei Verschulden von Hilfspersonen, in SJZ 55, 369 ff. (zit. SJZ 55).
- HAGEN J.J.: Elemente einer allgemeinen Prozessrechtslehre (Freiburg i.Br. 1972).

HAURI C.: Die ordentlichen Rechtsmittel nach der aargauischen Strafprozessordnung (Diss. Zürich 1970).

HAUSER R.: Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts (Basel 1978).

ders.: Die Desinteressementserklärung des Geschädigten, in ZStrR 81, 431 ff. (zit. ZStrR 81).

ders.: Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet des Strafverfahrens, in ZStrR 90, 225 ff. (zit. ZStrR 90).

HAUSER W./HAUSER R.: Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (3. A. Zürich 1978).

HELLWIG K.: Prozesshandlung und Rechtsgeschäft, in Festgabe O. Gierke, Bd. II (Frankfurt a.M. 1969), S. 43 ff.

HENCKEL W.: Prozessrecht und materielles Recht (Göttingen 1970).

HENKEL H.: Strafverfahrensrecht (2. A. Stuttgart 1968).

HERY K.: Die Berufung im zürcherischen Strafprozess (Diss. Zürich 1975).

HOLZER R.: Die Nichtigkeitsklage im Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern (Diss. Bern 1935).

JACKOWSKY J.: Die Nichtigkeitsklage im bernischen Strafprozessrecht (Diss. Bern 1965).

JAEGER M.: Die Nichtigkeitsbeschwerde im St. Gallischen Strafprozess (Diss. Zürich 1976).

JOACHIM H.: Berücksichtigung von Willensmängeln bei nicht-richterlichen Prozesshandlungen im Strafprozess (Diss. Erlangen 1970).

KAHN M.: Auslegung von Rechtsmittelerklärungen im Strafprozess (Diss. Freiburg i.Br. 1930).

KALTHOENER E.: Probleme aus dem strafprozessualen Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 9 (Berlin 1957).

- KEHL R.: Die Wiederherstellung versäumter Fristen nach zürcherischem Prozessrecht ... (Zürich 1959).
- KERN E.: Zur Lehre von den Prozesshandlungen im Prozessrecht, in Festschrift für O. Lenel (Leipzig 1921).
- KOHLER J.: Der Prozess als Rechtsverhältnis (Mannheim 1888).
- KÜHNIS H.P.: Das Rechtsmittel der Berufung in der st. galischen Strafrechtspflege (Diss. Freiburg 1975).
- KUMMER M.: Grundriss des Zivilprozessrechts (3. A. Bern 1978).
- LARDI B.: Die ordentlichen Rechtsmittel im Bänderischen Strafprozessrecht (Diss. Zürich 1970).
- LARENZ K.: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts (4. A. München 1977).
- LICHTI J.P.: Der Rechtsirrtum, besonders im Schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Zürich 1950).
- LITSCHGI P.: Die Rechtsmittel im thurgauischen Strafprozess (Diss. Zürich 1975).
- LÖWE E./ROSENBERG W.: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (23. A. Berlin/New York, 1. Bd. 1976, 2. - 4. Bd. 1978).
- MEIER-HAYOZ A.: im Berner Kommentar, Einleitungsband, zu Art. 1 und 4 ZGB (Bern 1962).
- MEILI A.: Der Rekurs im Strafprozess nach zürcherischem Recht (Diss. Zürich 1968).
- MÜLLER H.: Fehlerhafte prozessuale Willenserklärungen des Beschuldigten (Diss. Tübingen 1965).
- MÜLLER H.R.: Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 11 (Zürich 1975), (zit. Verteidigung).
- NIESE W.: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen (Göttingen 1950).
- NOLL P.: Strafprozessrecht, Vorlesungsskriptum (Zürich 1977).

- PETERS K.: Strafprozess (2. A. Karlsruhe 1966).
- PFENNINGER H.F.: Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts, Ausgewählte Aufsätze (Zürich 1966).
- RADBRUCH G.: Der Mensch im Recht, Ausgewählte Aufsätze (Göttingen 1957).
- REHBERG J.: Der Strafantrag, in ZStrR 85, 247 ff.
- ROSENBERG L./SCHWAB K.H.: Zivilprozessrecht (12. A. München 1977).
- ROXIN C.: Strafverfahrensrecht (15. A. München 1979).
- SAUER W.: Grundlagen des Prozessrechts (2. A. Stuttgart 1929), (zit. Grundlagen).
- ders.: Allgemeine Prozessrechtslehre (s.l. 1951), (zit. Prozessrechtslehre).
- SIEGERT K.: Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung (Berlin 1929).
- SPECHT G.: Erneute Berufung nach Berufungsrücknahme?, in Goldammer's Archiv für Strafrecht 1977, 72 ff.
- SCHÄFER K.: in Löwe/Rosenberg, 1. Bd., Einleitung.
- SCHMIDHÄUSER E.: Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in Festschrift für Eberhard Schmidt (Göttingen 1961), S. 511 ff.
- SCHMIDT E.: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (Göttingen; Teil I, 2. A. 1964; Teil II, 1957; sowie Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 2 Bde, 1967/70).
- ders.: Deutsches Strafprozessrecht, Ein Kolleg (Göttingen 1967), (zit. Kolleg).
- SCHÖNENBERGER W./JÄGGI P.: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 1a (Zürich 1973).
- SCHÖNKE A./KUCHINKE K.: Zivilprozessrecht, Ein Lehrbuch (9. A. Karlsruhe 1969).
- SCHULZE B.: Der Einfluss von Willensmängeln auf den Bestand des Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten (Diss. Regensburg 1973).

- SCHWENDENER K.: Das Rechtsmittel der Berufung im schweizerischen Strafprozessrecht (Diss. Zürich 1928).
- STEIN F./JONAS M.: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3 Bde, Tübingen (19. A. 1972 - 1975; 20. A. 1977/78 für § 38 - 127a sowie § 511 - 763).
- STICKELBERGER J.: Rekurs und Beschwerde im Luzerner Strafprozess (Diss. Bern 1970).
- STOCK U.: Das Ziel des Strafverfahrens, in Festgabe für Edmund Mezger (München/Berlin 1954), S. 429 ff.
- STRATENWERTH G.: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I (2. A. Bern 1978).
- STRÄULI H.: Kommentar zu den zürcherischen Rechtspflegesetzen, III. Teil, Gesetz betreffend den Strafprozess (Zürich 1924).
- STRÄULI H./MESSMER G.: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürich 1976).
- STREIFF H.: Die Strafrechtspflege im Kanton Glarus (Zürich 1948).
- STUDER P.: Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess unter Berücksichtigung der Zürcher Zivilprozessordnung (Diss. Zürich 1976).
- von TUHR A./PETER H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1 (3. A. Zürich 1974/79).
- VOLLKOMMER M.: Formstrenge und prozessuale Billigkeit, Münchner Universitätsschriften, Bd. 25 (München 1973).
- WAIBLINGER M.: Das Strafverfahren für den Kanton Bern (Langethal 1937/42).
- ders.: Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schuldigerklärung im Strafprozess, in Festschrift Pfenninger, Strafprozess und Rechtsstaat (Zürich 1956), S. 157 ff. (zit. Festgabe Pfenninger).
- ders.: Besprechung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts, in ZBJV 92, 201 ff. (zit. ZBJV 92).

WALDER H.U.: Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein Handbuch
(2. A. Zürich 1979), (zit. Handbuch).

ders.: Die Offizialmaxime, Zürcher Schriften zum
Verfahrensrecht, Heft 1 (zit. Offizialmaxime).

WEITZ D.: Auslegung von Prozesshandlungen der Parteien
(Diss. Berlin 1967).

WENDISCH G.: in Löwe/Rosenberg, 1. Bd., § 33 - 47.

WERDER H.: Die Grundgedanken der Lehre vom Rechtsgeschäft
im Strafprozess, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft
256 (Breslau 1929).

EINLEITUNG

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, Lösungen für die Probleme zu finden, die sich im Zusammenhang mit Willensmängeln bei Erklärungen des Beschuldigten ergeben. So ist in materieller Hinsicht u.a. die Frage zu beantworten, ob der Verurteilte, der sich beim Rückzug seines Rechtsmittels irrte, den Entscheid erneut anfechten könne, ob der Angeklagte, der seine Zustimmung zum vorzeitigen Strafantritt nur auf Grund einer Täuschung erteilte, auf diese Prozesshandlung zurückkommen, oder ob der Beschuldigte seine Erklärung rückgängig machen dürfe, mit welcher er irrtümlicherweise das Verfahren vor dem zürcherischen Geschworenengericht statt demjenigen vor dem Obergericht gewählt hat. In formeller Hinsicht ist abzuklären, ob die mit einem Willensmangel behaftete Prozesshandlung von vornherein unbeachtlich sei, oder ob sie vom Beschuldigten erst angefochten werden müsse. Wenn letzteres zutrifft, so stellt sich zudem die Frage nach der Anfechtungsfrist und nach dem Anfechtungsweg.

Die aufgeworfenen Fragen lassen wohl jeden Juristen sofort an die ähnlichen, ihm vertrauten Probleme im Privatrecht denken. Das ist insofern von Nutzen, als die aus diesem Rechtsgebiet bekannte Fragestellung und die von da stammenden Begriffe nicht jeweils neu erarbeitet werden müssen. Die Aehnlichkeit birgt aber auch die Gefahr in sich, dass zivilrechtliche Ueberlegungen allzu leicht und unbesehen in das grundverschiedene System des Strafprozessrechts übertragen werden könnten. Das ist unbedingt zu vermeiden; die Lösung der Willensmängelproblematik hat hier ganz aus dem Sinn und Geist des Strafprozessrechts selber zu erfolgen.

Wie jede Arbeit, die sich mit dem schweizerischen Strafprozessrecht beschäftigt, hat auch die vorliegende mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass 28 verschiedene Prozessordnungen in Kraft sind. Alle zu berücksichtigen, ist ein Ding der Unmöglichkeit, und es wird daher zur Hauptsache auf die Strafprozessordnungen des Kantons Zürich und des Bundes eingegangen. Nachdem aber keine Prozessordnung Bestimmungen enthält, die allgemein die Behandlung von Willensmängeln zum Gegenstand haben, und damit keine von den übrigen abweicht, können die folgenden Ausführungen für alle Prozessordnungen in mehr oder weniger gleichem Mass Geltung beanspruchen.

ERSTER TEIL

§ 1 DIE PROZESSHANDLUNGEN

Die Prozesshandlung ist, wie das Rechtsgeschäft im Privatrecht, einer der zentralen Begriffe des Prozessrechts im allgemeinen und auch des Strafprozessrechts. Er ist es auch für die vorliegende Arbeit, da nur die Prozesshandlung mit einem Willensmangel behaftet sein kann. Deshalb, und auch weil die Lehre von den Prozesshandlungen und die damit eng verbundene Lehre vom Prozessrechtsverhältnis in der dogmatischen Konstruktion des Prozesses, in die auch eine Lehre von den Willensmängeln einzuordnen wäre, den grössten Raum einnehmen, soll auf diesen Begriff und seinen Platz im System relativ ausführlich eingegangen werden. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang der Prozesshandlungsbegriff dem Rechtsgeschäft gegenübergestellt und damit der Weg zur Beantwortung der Frage geebnet, ob und wie weit die Art. 23 ff. OR zur Lösung der Willensmängelproblematik im Strafverfahren herangezogen werden können.

I. ALS BEGRIFF DES ALLGEMEINEN PROZESSRECHTS

Die in Deutschland begründete und weiterentwickelte Allgemeine Prozessrechtslehre¹ macht es sich zur Aufgabe, die gemeinsamen Wesenszüge der verschiedenen Ver-

1 Vgl. BÜLOW; GOLDSCHMIDT; GRUNSKY; HAGEN; KOHLER; NIESE; SAUER, Grundlagen; ders., Prozessrechtslehre.

fahrensarten herauszuarbeiten und sie womöglich in einen begrifflich-logischen Zusammenhang zu stellen. In der Schweiz wird dieser Zweig der Rechtswissenschaft kaum gepflegt; selbst die umfassenderen Darstellungen der einzelnen Gebiete formellen Rechts lassen Gedanken allgemein-prozessrechtlichen Inhalts vermissen und beschränken einen rechtsvergleichenden Teil auf wenige Sätze².

Die Lehre von den Prozesshandlungen soll vorerst dennoch unter diesem allgemeinen Gesichtspunkt betrachtet werden, da eine umfassende Betrachtungsweise für die Darstellung des besonderen Wesens des Prozesses und des prozessrechtlichen Denkens, und damit für das Verständnis der Bedeutung und Funktion der Prozesshandlung nützlich ist³. Auch lassen sich in diesem Rahmen die gemeinsamen Bezugspunkte zwischen Straf- und Zivilprozessrecht darstellen und damit das Feld abstecken, in welchem allenfalls die schon weitergeschrittene Diskussion und Lösungsversuche der Willensmängelproblematik im Zivilprozessrecht auch für das Strafprozessrecht fruchtbar sein könnte⁴.

Die Verwandtschaft zwischen Straf- und Zivilprozessrecht ergibt sich aus der Gleichartigkeit des Gegenstan-

2 GULDENER 55 f.; WALDER, Handbuch 12; HAUSER 5 f.; vgl. ferner GERMANN, Grundlagen 218 ff.

3 Die Kritik von ROXIN (S. 5) am Sinn der Allgemeinen Prozessrechtslehre ändert an dieser Feststellung nichts. Vgl. dagegen PETERS 14; HENKEL 19.

4 Das Verwaltungsverfahrenrecht und das Verwaltungsstrafverfahrenrecht, die ebenfalls Gegenstand der Allgemeinen Prozessrechtslehre sind, finden in der vorliegenden Arbeit keine Berücksichtigung.

des, mit dem sich beide beschäftigen, nämlich: das *Verfahren* zur Verwirklichung des (jeweiligen) materiellen Rechts. Ihren Ausdruck findet sie u.a. in gemeinsamen Bestimmungen organisatorischer und verfahrensbezogener⁵ Natur. Die Gemeinsamkeiten können aber nicht über die tiefgreifenden Unterschiede und Gegensätzlichkeiten der beiden Rechtsgebiete hinwegtäuschen, welche hauptsächlich auf die unterschiedliche Natur des materiellen Rechts zurückzuführen sind, dem die beiden Verfahrensrechte zu dienen haben. Sie bilden die Grenzen, ausserhalb welcher gemeinsame Erkenntnisse nicht mehr möglich sind.

1. Das Wesen des Prozesses

Anknüpfend an GOLDSCHMIDT gelangt SCHMIDT⁶ zur folgenden Definition des Prozesses: "Der Prozess ist der rechtlich geordnete, von Lage zu Lage sich entwickelnde Vorgang zwecks Gewinnung einer richterlichen Entscheidung über ein materiellrechtliches Rechtsverhältnis". In der Definition fallen vier Elemente auf, nämlich: Der Prozesszweck, die Tatsache, dass der Prozess ein *rechtlich geordneter* Vorgang ist, dass er ein *Vorgang* ist, und dass er sich *von Lage zu Lage* entwickelt.

5 Vgl. für den Bund das Organisationsgesetz, für die meisten Kantone die separaten Gerichtsverfassungs- oder Organisationsgesetze.

6 Lehrkommentar I, Rn. 56.

Ob diese Definition in jedem Fall genügt, und ob sie die herrschende Meinung in Deutschland wie in der Schweiz auf ihrer Seite hat, interessiert hier nicht; sie eignet sich hingegen vorzüglich, das besondere Wesen des Prozesses in groben Zügen darzustellen.

a. Der Prozesszweck

Der Zweck des Prozesses wird in der Lehre nicht einheitlich umschrieben⁷. Grundsätzlich herrscht wohl aber Einigkeit darüber, dass er in der Durchsetzung des materiellen Rechts liegt, dass dem Prozessrecht m.a.W. mehr dienende Funktion zukommt⁸, oder auch, dass dieses seinen Sinn erst vom materiellen Recht her erhält⁹, was alles mehr oder weniger auf dasselbe hinausläuft. Je nach der Begriffsbestimmung des Wortes 'Zweck' finden sich weitere Merkmale, wie z.B. die Rechtsgewissheit, der Rechtsfriede usf., die von den Autoren mit engeren Grenzen des Begriffs nicht berücksichtigt worden sind.

b. Der Prozess als 'rechtlich geordneter Vorgang'

Die Aussage, dass der Prozess ein rechtlich geordneter Vorgang ist, bedeutet, dass das Verfahren sich begriffsnotwendigerweise in den durch das positive Recht vorgegebenen Bahnen abspielen muss. Es geht dabei um den Grundsatz der Justizförmigkeit¹⁰. Anstelle dieses mehr strafprozessualen Terminus trifft man im Zivilverfahren meist auf die (sinngemässe) Feststellung, dass das Prozessrecht grundsätzlich zwingender Natur und ein Konven-

7 GRUNSKY 6 ff.; STEIN/JONAS, Bd. 1, 19. A., S. 3 ff.; ROXIN 1 f.; PETERS 86; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 6 Rn. 1 ff.; SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 42. HAUSER 3 ff.; NOLL 12 f.; GULDENER 46 und 55; WALDER, Handbuch 3.

8 HAUSER 5.; COMTESSE 63a.

9 GRUNSKY 15.

10 SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 20 ff.; ROXIN 2; HAUSER 3; NOLL 1.

tionalprozess ausgeschlossen sei¹¹. Der genannte Grundsatz gilt also für beide Gebiete, ist aber für das Strafprozessrecht von grösserer Bedeutung¹².

Für beide Verfahrensarten bringt er sodann eine starke Betonung des Formalen sowie eine gewisse Gewähr für Richtigkeit und Schnelligkeit mit sich.

c. Die Dynamik des Prozesses

Die hervorstechendste Eigenschaft des Prozesses und das Element, das ihn am schärfsten vom materiellen Recht abhebt, besteht darin, dass er ein Vorgang ist: *procedere* = fortschreiten, zu etwas schreiten. Der Gegenstand des Prozessrechts ist damit ein Verfahren-zum-Urteil-hin, m.a. W. ein 'Werdendes'. Demgegenüber befasst sich das materielle Recht mit 'Gewordenem', mit dem, was schon ist (i.e. Rechtsverhältnissen). Dieses ist statisch, jenes dynamisch¹³. Für das Verständnis der Prozesshandlung ist dieser Unterschied von grundlegender Bedeutung. Er fordert für das Prozessrecht andere Kategorien und Wertungen als die im materiellen Recht gebräuchlichen.

Es ist das Verdienst GOLDSCHMIDT's, die besondere Natur des Prozesses klar erkannt und für die Wissenschaft fruchtbar gemacht zu haben. Er bricht mit der seit BÜLOW¹⁴ bestehenden Auffassung vom Prozess als Rechtsverhältnis

11 ROSENBERG/SCHWAB 30; GULDENER 47; WALDER, Handbuch 3.

12 Unten 13.

13 GOLDSCHMIDT 227 ff.

14 Die Lehre von den Prozesseinreden.

und zeigt, dass diesem Begriff kein dogmatischer Wert zukommt; dass insbesondere die sogenannten Prozessvoraussetzungen keine Voraussetzungen des 'Prozessrechtsverhältnisses'¹⁵, sondern Voraussetzungen des Sachurteils sind¹⁶, dass die dem angeblichen 'Prozessrechtsverhältnis' entstammenden Pflichten und Rechte keine solchen, sondern lediglich Lasten bzw. Aussichten, Möglichkeiten und Befreiung von Lasten sind¹⁷, und dass schliesslich den Prozesshandlungen kein rechtsgeschäftlicher Charakter zukommt¹⁸. Deshalb stellt er dem 'Prozess als Rechtsverhältnis' den 'Prozess als Rechtslage' gegenüber¹⁹.

d. Die Prozess- oder Rechtslage

Unter Rechtslage (oder auch Prozesslage) versteht GOLDSCHMIDT "die rechtlich begründete Aussicht auf ein günstiges oder ungünstiges richterliches Urteil"²⁰. Sie ist "eine 'Anwartschaft', aber nicht auf ein Recht, sondern ... auf ein Urteil Darin liegt nicht nur das 'Unfertige', sondern auch das 'Unsichere' der prozessualen Rechtslage, da sich das richterliche Urteil ... nicht mit Sicherheit berechnen lässt"²¹. Diese Er-

15 BÜLOW, insbes. 5 ff. und 303 ff.

16 GOLDSCHMIDT 4 ff.

17 GOLDSCHMIDT 76 ff. und 268 ff.

18 GOLDSCHMIDT 133 ff.

19 NIESE 58.

20 GOLDSCHMIDT 255.

21 GOLDSCHMIDT 255.

kenntnis, dass "die prozessualen Rechtsbeziehungen 'unfertig', eben bloss Rechtslagen sind", macht in Wahrheit den Wert der prozessualen, d.h. dynamischen Rechtsbetrachtungsweise aus²².

GOLDSCHMIDT's Werk hatte und hat auf die deutsche Prozessrechtswissenschaft grossen Einfluss, weniger auf die zivil- als auf die strafprozessuale²³, und hinterliess infolge der teilweisen Rezeption der deutschen Prozessrechtsdogmatik durch die schweizerische Lehre auch bei uns etwelche Spuren.

2. BEGRIFF UND FUNKTION DER PROZESSHANDLUNG

a. Der Begriff

Ist der Prozess Tätigkeit, so sind es die Prozessbeteiligten, die tätig sind und mit ihren Handlungen das Verfahren zum Urteil hin entwickeln. Nicht alle Handlungen im Prozess werden gemeinhin aber als Prozesshandlungen bezeichnet, sondern nur diejenigen der sogenannten Prozesssubjekte²⁴, i.e. des Gerichts sowie der Parteien

22 GOLDSCHMIDT 265.

23 Vgl. SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 32 ff., insbes. Anm. 135 bei Rn. 74; HENKEL 105, 113 ff.; ROXIN 110 ff.; SCHAFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 1 ff.; PETERS 85 ff.; ferner NIESE 57 ff.
ROSENBERG/SCHWAB 4 ff.; SCHÖNKE/KUCHINKE 8 ff.; HENCKEL 5 ff.

24 Keine Prozesshandlungen sind demgemäss die Handlungen der Zeugen, Sachverständigen etc.
Vgl. GOLDSCHMIDT 363; abweichend SCHÖNKE/KUCHINKE 134; SCHAFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 2; SCHMIDT, Kolleg, Rn. 115; wohl auch HAUSER 95.
Abweichend PETERS 213; HENKEL 236.

im Zivil-, bzw. des Anklägers, Beschuldigten und Geschädigten²⁵ im Strafverfahren, denen das positive Recht die Befugnis zur Verfahrensgestaltung verleiht. Die Prozesshandlungen sind das Mittel, um auf den Prozessverlauf und letztlich auf das Urteil in dem vom Handelnden gewünschten Sinne Einfluss zu nehmen.

Als Beispiele für Prozesshandlungen können, ohne Trennung zwischen Straf- und Zivilverfahren, genannt werden: Einreichen und Rückzug der Klage oder von Rechtsmitteln, der gerichtliche Vergleich, alle Anträge, Verfügungen und Beschlüsse des Gerichts oder des Anklägers, Realakte (z.B. Einreichen oder Entgegennahme von Urkunden, die Festnahme etc.), Behauptungen der Parteien, aber auch das Geständnis des Beschuldigten²⁶ usf. Die Prozesshandlungen lassen sich je nach den verwendeten Kriterien in verschiedene Arten aufgliedern; eine genauere Darstellung folgt später²⁷.

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres der Prozesshandlungsbegriff: Prozesshandlungen sind die nach Voraussetzung und Wirkung vom Prozessrecht geregelten Handlungen der Prozesssubjekte, die das Verfahren gestalten²⁸.

25 Soweit er Kläger oder Nebenkläger ist.

26 SCHMIDT, Lehrkommentar I, Anm. 358 bei Rn. 202; dagegen PETERS 211.
Beachte aber, dass in manchen Fällen der Beschuldigte mittels eines Geständnisses die Möglichkeit hat, direkt auf die sachliche Zuständigkeit Einfluss zu nehmen (z.B. § 198 lit. a ZH-StPO).

27 Unten 15 ff.

28 Vgl. SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 203; ders., Kolleg, Rn. 115.
Die nachstehend genannten Autoren verwenden zum Teil recht ver-

b. Die Funktion

Jede Prozesshandlung schafft eine Rechtslage, eine Aussicht auf ein günstiges oder ungünstiges Urteil, die als blosse Durchgangsstation durch eine spätere Prozesshandlung wieder verändert und von einer neuen Rechtslage abgelöst wird. Das geht so lange, bis die abschliessende richterliche Prozesshandlung, das Urteil, eine unverrückbare Situation schafft.

Diese besondere Funktion der Prozesshandlungen verlangt entsprechende Wertkategorien, mit welchen deren Eignung zur Verfahrensgestaltung beschrieben werden kann. Meist sind drei Begriffspaare gebräuchlich: *zulässig-unzulässig*, *beachtlich-unbeachtlich* und *begründet-unbegründet*²⁹. In der vorliegenden Arbeit wird zur Hauptsache diese Einteilung verwendet.

Die *unzulässige* Prozesshandlung, z.B. die verspätete Einlegung eines Rechtsmittels³⁰, widerspricht den ge-

schiedene Begriffe, was hier nicht schadet, da selbst die engste Definition (ROXIN 110: Prozesshandlungen sind Erklärungen, "die eine Rechtsfolge im Prozess willensgemäss auslösen".) für das vorliegende Thema genügt, geht es doch einzig um prozessuale Willenserklärungen.

HENKEL 236; SCHAFFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 1; SIEGERT 24; PETERS 211; GOLDSCHMIDT 363; GRUNSKY 205; BAUMGÄRTEL 291 ff.; ROSENBERG/SCHWAB 334; HAUSER 95; GULDENER 190 und 207.

29 HENKEL 239; NIESE 93.

Verschiedene Autoren unterteilen die "Beachtlichkeit" in "Gültigkeit" und "Wirksamkeit", und erhalten so vier Begriffspaare (vgl. PETERS 225, und dort angeführte Zitate).

30 NOLL 60.

setzlichen Vorschriften. Eine *unbeachtliche* Prozesshandlung, beispielsweise der Rückzug des Strafantrages nach Ausfällung des Urteils, muss von den übrigen Prozesssubjekten nicht beachtet werden; sie löst keine prozessrechtlichen Wirkungen aus. Und die *unbegründete* Prozesshandlung ist nach ihrem Inhalt, also in sachlicher Hinsicht, nicht begründet; z.B. die Ablehnung eines Richters, einzig weil er denselben Namen wie die Gegenpartei trägt.

3. Die Prozesshandlungen im Straf- und Zivilprozess

Nebst den erwähnten Gemeinsamkeiten bestehen zwischen den beiden formellen Rechtsgebieten auch tiefreichende Gegensätze. Diese beeinflussen die Prozesshandlungen.

a. Die Maximen

Aus der im Privatrecht grundsätzlich herrschenden Verfügungsfreiheit der einzelnen über Rechte und Ansprüche und der anerkannten Möglichkeit, das Recht auf privater Basis zu verwirklichen, d.h. freiwillig zu erfüllen, folgt für das *Zivilprozessrecht* eine freiheitliche Ausgestaltung des Verfahrens mit freiheitlichen Maximen (Dispositions- und Verhandlungsmaxime). Die Parteien haben hier mannigfaltige Möglichkeiten, ihrem Willen gemäss auf das Verfahren einzuwirken. Sie liefern nicht nur den Prozessstoff und bestimmen das Prozessthema. Sie setzen das Verfahren überhaupt in Gang, können es jederzeit wieder beenden und sind insbesondere weiterhin befugt, nach privatrechtlichen Grundsätzen über den Prozessgegenstand zu verfügen. Ihren Prozesshandlungen, namentlich ihren prozessualen Willenserklärungen, kommt

damit in quantitativer wie qualitativer Hinsicht hervorragende Bedeutung zu.³¹

Anders liegen die Dinge im *Strafprozessrecht*. In dem ihm zugrundeliegenden materiellen Strafrecht ist kein Raum für Verfügungsfreiheit. Es kann daher auch im Strafprozessrecht keine solche geben. Der Staat ist verpflichtet, von Amtes wegen alle notwendigen Schritte zur Verwirklichung des materiellen Rechts zu unternehmen (Justizgewährungspflicht), und der Verzicht des Geschädigten auf Strafverfolgung ist in der Regel ebenso unbeachtlich, wie es dem Beschuldigten verwehrt ist, einen "Strafanspruch" des Staates ohne vorgängiges Verfahren rechtsgültig anzuerkennen. Auch ein Geständnis entbindet den Staat nicht von der Pflicht, die Wahrheit zu erforschen (Grundsatz der materiellen Wahrheit). Der Dispositions- und Verhandlungsmaxime des Zivilprozessrechts stehen hier das Offizialprinzip und die Instruktionsmaxime gegenüber. Damit sind die Möglichkeiten der Beteiligten, gestaltend in das Verfahren einzugreifen, stark eingeschränkt. Weniger ihr Wille als die Forderung nach einem justizförmigen Verfahren in jedem Fall³² ist für den Verfahrensablauf massgebend. Für prozessuale Willenserklärungen bleibt in diesem System wenig Raum.

Wir werden allerdings sehen, dass es allgemein als genügend erachtet wird, wenn diesen strengen, strafpro-

31 Vgl. STUDER 15 ff.

32 Nulla poena sine processu.

zessrechtlichen Prinzipien wenigstens im erstinstanzlichen Verfahren nachgelebt worden ist. Für das Rechtsmittelverfahren gelten freiheitlichere Grundsätze³³.

b. Der Parteibegriff

Während im Zivilprozess zwei Parteien einander gleichberechtigt gegenüberstehen, ist ein solcher Parteibegriff im Strafprozess fehl am Platz³⁴. Zum einen, weil hier kein Prozesssubjekt eine der Zivilpartei auch nur annähernd vergleichbare Stellung innehat, zum andern, da weder Ankläger und Beschuldigter noch dieser und der Geschädigte³⁵ auf derselben Stufe stehen. Damit entfallen für das Strafprozessrecht auch die sogenannten zweiseitigen³⁶ Prozesshandlungen, denen wir im Zivilprozess in der Form von (gerichtlichem) Vergleich, Prorogations- und Schiedsvertrag begegnen.

II. DIE PROZESSHANDLUNG IM STRAFPROZESS

1. Die Lehre in Deutschland

Die deutsche Prozessrechtswissenschaft hat mit Akribie ein umfassendes und detailliertes System der Prozess-

33 Unten 92 ff.

34 HAUSER 74; NOLL 40 f. und dort zitierte Literatur.

35 Auch dann nicht, wenn der Geschädigte als Privatstrafkläger auftritt. Eine Ausnahme könnte einzig im Adhäsionsprozess erblickt werden, der innerhalb des Strafprozesses aber gerade atypisch ist.

36 Dieser Begriff ist der privatrechtlichen Rechtsgeschäftslehre entlehnt und gilt für das Strafverfahren sinngemäss (vgl. HENCKEL 71 ff.).

handlungen geschaffen, welches auch für den Strafprozess übernommen wurde. Allerdings vermag es zum grossen Teil der Praxis keine Entscheidungshilfen anzubieten und hat vielfach nur deskriptiven Nutzen.

Von den vielen nach verschiedenen Kriterien unterteilten Prozesshandlungsarten seien die wichtigsten kurz dargestellt³⁷.

Erwirkungshandlungen sind diejenigen Prozesshandlungen, welche die Prozesshandlung eines andern Prozesssubjektes erwirken sollen, die m.a.W. auf die Herbeiführung einer andern Prozesshandlung gerichtet sind. Die Rechtslage wird durch sie nicht unmittelbar gestaltet, sondern meist erst durch eine der Erwirkungshandlung nachfolgende Bewirkungshandlung. So folgt z.B. auf einen Antrag stets der Entscheid. Die Erwirkungshandlungen teilen sich in Anträge und Behauptungen. Der Zweck letzterer ist stets die Unterstützung und Begründung der Anträge, d.h. die Motivierung desjenigen, von dem die erwirkte Prozesshandlung ausgehen soll. Erwirkungshandlungen sind z.B. die Anzeige und der Strafantrag des Geschädigten, das Haftentlassungsgesuch und die Rechtsmitteleinlegung³⁸ des Beschuldigten, auf Seiten des An-

37 Vgl. zum ganzen: GOLDSCHMIDT 362 ff.; SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 202 ff.; ders., Kolleg, Rn. 114 ff.; ROXIN 110 ff.; HENKEL 235 ff.; PETERS 210 ff.; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 3 ff.

38 Diese Erwirkungshandlung hat aber auch Eigenschaften einer Bewirkungshandlung, indem sie den Eintritt der Rechtskraft verhindert, also die Rechtslage unmittelbar gestaltet.

klägers die Anklage und auf Seiten des Gerichts die Befragung des Beschuldigten oder eines Zeugen³⁹ usf.

Bewirkungshandlungen sind demgegenüber Handlungen, welche die Rechtslage im Prozess unmittelbar gestalten. Durch sie wird eine Rechtslage definitiv durch eine neue abgelöst. Hierzu gehören das Urteil sowie alle richterlichen und untersuchungsrichterlichen Verfügungen und Beschlüsse, ebenso der Rückzug von und der Verzicht auf ein Rechtsmittel oder den Strafantrag, ja überhaupt alle Prozesshandlungen, die keine Erwirkungshandlungen sind⁴⁰.

Eine weitere Gruppe sind die *doppelfunktionellen Prozesshandlungen*⁴¹. Darunter sind Handlungen zu verstehen, die neben der prozessualen Funktion auch eine Bedeutung im materiellen Recht haben. Es sind das z.B. die Verhaftung, die Beschlagnahme, die Durchsuchungen etc., denen eine materiellrechtliche Wirkung in dem Sinne zukommt, als sie in Grundrechte des Betroffenen eingreifen. Keine doppelfunktionellen Prozesshandlungen sind aber solche, die rein zufällig eine materiellrechtliche Bedeutung erhalten, so z.B. eine ehrverletzende Frage an den Zeugen. Denn hier steht der prozessualen Funktion keine materiellrechtliche Auswirkung gegenüber, die in innerem Zusammenhang mit dem Prozess und jener prozessualen Aufgabe der Prozesshandlung steht⁴².

39 Nach SCHMIDT (Lehrkommentar I, Rn. 213, 219) bilden die Befragungen eine selbständige Gruppe. A.M. ist HENKEL 237, Anm. 9.

40 Vgl. SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 220; ROXIN 110.

41 Der Terminus stammt von NIESE.

42 NIESE 56.

Prozessual betrachtet stellen die meisten doppel-funktionellen Prozesshandlungen Bewirkungshandlungen dar.

Ferner können die Prozesshandlungen nach ihrem Inhalt in Erklärungen und Realakte, nach ihrem Subjekt in *richterliche* und *nichtrichterliche*, *hoheitliche* und *private* oder *Juristen-* und *Laienhandlungen* sowie nach ihrer Funktion in *prozessfördernde* und *-begleitende* Handlungen usw. unterteilt werden⁴³.

2. Die Lehre in der Schweiz

Die schweizerische Strafprozessrechtswissenschaft hat die deutsche Prozesshandlungslehre nur teilweise übernommen.

NOLL⁴⁴ unterscheidet zwischen Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen und führt als weitere Gruppe die doppel-funktionellen Prozesshandlungen auf. Zur rechtlichen Bewertung der Prozesshandlungen verwendet er die drei gebräuchlichen Begriffspaare⁴⁵.

HAUSER⁴⁶ trennt hingegen die Prozesshandlungen in Anträge und Erklärungen. Anträge sind nach ihm "Gesuche der Verfahrensbeteiligten um Vornahme einer Prozesshandlung durch eine Behörde"⁴⁷. Erklärungen sind Prozess-

43 Vgl. im einzelnen PETERS 210 ff.

44 60 ff.

45 Vgl. oben 11.

46 95 ff.

47 95.

handlungen, "die selbst unmittelbar und ohne das Dazutun des Gerichts die prozessuale Lage gestalten"; sie "zählen zu den 'Bewirkungshandlungen'"⁴⁸. Dass diese Einteilung "einfach und praktikabel" sei, darf jedoch füglich bezweifelt werden. Es gibt viele Erklärungen im Prozess, die nicht als Bewirkungshandlungen aufgefasst werden können, wie z.B. die Schuldigerklärung des Angeklagten, dessen Aussage zur Sache etc. Und Erklärungen sind gerade auch die Anträge⁴⁹, womit kaum einzusehen ist, weshalb diese jenen gegenübergestellt werden sollen.

3. Die Prozesshandlungen in den schweizerischen Strafprozessgesetzen

Auf die schweizerischen Strafprozessgesetze hat die Lehre von den Prozesshandlungen bislang keinen Einfluss gehabt. So finden sich nirgends allgemeine Bestimmungen betreffend Prozesshandlungen oder m.W. auch nur der Begriff. Auch die Praxis arbeitet wenig mit Ergebnissen aus diesem Zweig der Strafprozessrechtsdogmatik.

III. DIE STRAFPROZESSUALEN WILLENSERKLÄRUNGEN DES BESCHULDIGTEN

1. Allgemeines

Gegenstand von Willensmängeln können einzig Willenserklärungen sein. Damit fallen die übrigen prozessualen Erklärungen, die sogenannten Wissens- und Wollenserklärungen,

48 96.

49 Nämlich Willenserklärungen.

rungen⁵⁰ sowie die Realakte ausser Betracht. Dabei wird aber nicht verkannt, dass auch jenen Erklärungen ein Wille immanent sein kann und oft auch ist. Dem Geständnis liegt beispielsweise der Wille zugrunde, die Untersuchungshaft abzukürzen, die Zuständigkeit des Ober- statt des Geschworenengerichts zu begründen⁵¹ oder aus andern Gründen fortan keinen Widerstand mehr zu leisten. Dennoch handelt es sich dabei um eine Wissens- und keine Willenserklärung. Denn prozessuale Willenserklärungen sind einzig *die nach Voraussetzung und Wirkung vom Prozessrecht geregelten Erklärungen, die eine Rechtsfolge im Prozess willensgemäss auslösen*⁵². Das trifft auf das Geständnis gerade nicht zu, da im Strafprozess der Grundsatz der materiellen Wahrheit gilt.

Von der vorliegenden Arbeit auch nicht behandelt werden die Willenserklärungen des Gerichts, des Anklägers und des Geschädigten. Es bleiben damit die Willenserklärungen des Beschuldigten. Diese Erklärungen können Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen sein, z.B. ein beliebiger Antrag oder ein Rechtsmittelverzicht. Doppelfunktionelle Prozesshandlungen in der Form von Willenserklärungen des Beschuldigten hingegen werden, wenn überhaupt, im Strafprozess nur ausnahmsweise anzutreffen sein.

50 Unter Willenserklärungen versteht PETERS (S. 216) solche, die auf einen tatsächlichen Gegenstand gerichtet sind, z.B. die Frage an einen Zeugen nach einem Tatumstand. Die Willenserklärungen geben hingegen über eine Kenntnis Auskunft. Die Unterscheidung ist m.E. von geringer Bedeutung.

51 Vgl. § 198 lit. a ZH-StPO.

52 Oben Anm. 28.

2. Strafprozessuale und privatrechtliche Willenserklärungen

Der Begriff 'Willenserklärungen' wird vor allem im Privatrecht verwendet; hier hat er seinen bestimmten Platz in einer festgefügtten und allgemein vertrauten Dogmatik. Nachdem er aber auch im Strafprozess gebräuchlich ist⁵³, bedarf es einiger klärender Worte.

Die privatrechtliche Willenserklärung ist die Mitteilung eines privaten Gestaltungswillens gegenüber den Mitbeteiligten⁵⁴. Im einzelnen können als Elemente der Willenserklärung der Gestaltungswille und dessen Mitteilung unterschieden werden, wobei der Gestaltungswille in einen Geschäfts- und Erklärungswillen, dessen Mitteilung in einen Erklärungsvorgang und einen -erfolg zerfallen. Wenn man will, kann man für die Willenserklärungen des Beschuldigten dieselbe Einteilung verwenden, nur muss man sich insbesondere des nachfolgenden Unterschieds bewusst sein:

Im Privatrecht ist die Willenserklärung Kern des Rechtsgeschäfts, und der Geschäftswille geht stets auf die Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Die Willenserklärungen des Beschuldigten sind hingegen auf die Gestaltung der Rechtslage im Prozess gerichtet; sie sind weder auf ein Rechtsverhältnis bezogen, noch durch ein solches hervorgebracht. Der Beschuldigte benützt bzw. erfüllt mit ihnen vielmehr die sich aus der bestehenden Rechtslage ergebenden Möglich-

53 Vgl. SIEGERT 31; ferner für den Zivilprozess, ARENS 37 ff.

54 Vgl. hier und im folgenden: SCHÖNENBERGER/JAGGI, Art. 1 OR, N 21 ff. Zum Teil abweichend: von TUHR/PETER 157 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER 107 f.

keiten und Lasten, um eine neue, erwünschte Rechtslage herbeizuführen⁵⁵.

Es wurde bereits erwähnt, dass und warum den Prozesshandlungen kein rechtsgeschäftlicher Charakter zukommt. Die Lehre ist sich in diesem Punkt einig⁵⁶. Dennoch ist es m.E. möglich und sinnvoll, bestimmte Prozesshandlungen des Beschuldigten mit Rechtsgeschäften zu vergleichen, da eine gewisse Ähnlichkeit durchaus besteht. Wenn dabei die vorhandenen Unterschiede genau im Auge behalten werden, besteht keine Notwendigkeit, privatrechtliche Vorstellungen völlig zu vermeiden oder gar auf die Erkenntnisse der weitergeschrittenen Privatrechtsdogmatik zu verzichten — ob der Vertrautheit des Juristen mit ihr und der Ähnlichkeit der zu behandelnden Gebiete werden sich die Assoziationen ohne weiteres von selber einstellen. Das erkennt m.E. ein Teil der Lehre, der die Trennung in diesem Bereich wohl einzig deshalb so gründlich durchführen will, um die Nichtanwendbarkeit der privatrechtlichen Regeln, insbesondere derjenigen betreffend die Willensmängel, zu begründen⁵⁷.

Von den Willensmängeln des Beschuldigten sind allerdings einzig die Bewirkungshandlungen mit den privatrechtlichen Rechtsgeschäften, nämlich den Gestaltungsge-

55 SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 74.

56 NOLL 55; wohl auch HAUSER 96; von TUHR/PETER 156.
Ferner SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 204 und die dort in Anm. 364/5 zitierte Literatur; dagegen HELLWIG, insbesondere 75 ff.

57 Insbesondere SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 204 ff.; ders., Kolleg, Rn. 116.

schäften, vergleichbar⁵⁸. Wie diese sind sie einseitig⁵⁹, und bei beiden gestaltet der Erklärende die Rechtslage⁶⁰ unmittelbar. Deshalb werden aus Gründen der Geschäfts- bzw. Prozesssicherheit bei beiden erhöhte Anforderungen an den Bestand der Erklärung gestellt⁶¹. Allerdings liegt dem Gestaltungsgeschäft ein sogenanntes Gestaltungsrecht zugrunde. Dagegen ist die Bewirkungshandlung nicht Ausübung eines Rechts, sondern Nutzung einer prozessualen Möglichkeit oder Erfüllung einer prozessualen Last.⁶²

Wie die privatrechtlichen sind schliesslich auch die strafprozessualen Willenserklärungen nicht nur der Auslegung zugänglich, sondern oft auch auslegungsbedürftig.

3. Die Auslegung der prozessualen Willenserklärungen des Beschuldigten

Die Auslegung der strafprozessualen Willenserklärungen wird in der (schweizerischen wie deutschen) Literatur

58 Gleicher Meinung HAUSER 96. Vgl. beispielsweise auch ZR 46 Nr. 130, wo der Antragsrückzug als "Gestaltungserklärung" aufgefasst wird.

59 Oben 16.

60 Während in privatrechtlicher Hinsicht hier mit Gestaltung der 'Rechtslage' die Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gemeint ist, bedeutet dasselbe in einem strafprozessualen Sinn die Gestaltung der Aussicht auf ein günstiges oder ungünstiges richterliches Urteil.

61 Unten 31.

62 Oben 8.

praktisch *nicht behandelt*⁶³. Das erklärt sich wohl daraus, dass Willenserklärungen in diesem Rechtsgebiet - im Gegensatz zum Privatrecht - qualitativ wie quantitativ eine eher geringe Bedeutung haben. Auch ist hier die Zahl ihrer möglichen Inhalte beschränkt, was die Auslegung von vorneherein erleichtert. Dennoch muss vorliegend näher auf die Auslegung eingegangen werden, da erst dann entschieden werden kann, ob im Einzelfall ein Willensmangel vorliegt, wenn feststeht, welches der Inhalt einer Willenserklärung sei⁶⁴.

Indessen sei klargestellt, dass es in diesem Zusammenhang einzig um Willenserklärungen, nicht auch um die sogenannten Wissens- und Wollenserklärungen geht. Ohne Zweifel sind auch sie der Auslegung zugänglich, doch Probleme in Bezug auf Willensmängel ergeben sich bei ihnen nicht.

a. Allgemeines

Der Wille des Beschuldigten, als solcher rechtlich bedeutungslos, muss in eine Gestalt gefasst werden, die vom Adressaten aufgenommen werden kann und ihm den Schluss auf den Willen des Erklärenden erlaubt. Diese Erklärungsform ist grundsätzlich die der schriftlichen Eingabe und

63 Statt vieler: HAUSER 97; HENKEL 243; ROXIN 111. Ausführlicher KAHN; KERN 68 ff.; WEITZ.

64 So ist es unrichtig, wenn DAHRMANN (S. 89) die Abgabe der Erklärung des Verurteilten: "Ich verzichte auf die Einlegung der Berufung. Ich begründe sie wie folgt" dem Problemkreis der Willensmängel zurechnet. Hier geht es nicht um die Frage, ob der Richter den 'Willensmangel' von Amtes wegen zu berücksichtigen habe, sondern einzig und allein um die Auslegung.

der mündlichen Erklärung zu Protokoll⁶⁵. Daneben sind aber auch stillschweigende Erklärungen beachtlich. Das trifft beispielsweise zu, wenn der Beschuldigte gegen die Rechtsmittelverzichtserklärung seines amtlichen Verteidigers während der Hauptverhandlung nicht protestiert und so seine Zustimmung erklärt⁶⁶ (Erklärung durch Schweigen), oder wenn er die durch Versäumnisurteil ausgefallene Busse bezahlt, jenes also anerkennt und damit des Rechtes verlustig geht, die Durchführung des ordentlichen Verfahrens zu verlangen⁶⁷ (qualifizierte Willensbetätigung).

Im Idealfall ruft der Erklärungsvorgang im Adressaten sofort ein hinreichendes Bild des Willens des Beschuldigten hervor. Stets ist aber damit zu rechnen, dass jenem der Wille nur unzulänglich bekannt geworden ist, und es ist Sache der Auslegung, hier den Inhalt der Willenserklärung zu bestimmen. Die im Prozessrecht häufigen, zur Klarheit zwingenden Formvorschriften können dabei die Aufgabe erleichtern, doch darf von da keine allzu grosse Hilfe erwartet werden, da die Formstrenge zunehmend rela-

65 HAUSER 97.

66 ZBJV 101, 70. Vgl. ferner ZR 71 Nr. 16.

67 ZR 51 Nr. 39; SCHWENDENER 87.
Auch der Staatsanwalt, der durch schriftliche Eingabe die Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt, hat damit konkludent auf das Ergreifen der Berufung zuungunsten des Angeklagten verzichtet (ZR 23 Nr. 187; dagegen ZR 73 Nr. 55).

tiviert wird⁶⁸. So wirken sich z.B. weder die falsche Bezeichnung⁶⁹ noch das Fehlen der Unterschrift⁷⁰ nachteilig auf ein Rechtsmittel aus; es genügt, wenn die Art des Rechtsmittels und dessen Verfasser aus dem Schriftstück bedenkenfrei hervorgehen.

Die Empfänger der Willenserklärungen sind praktisch ausnahmslos der Richter und der Ankläger. Sie sind aber nicht nur die Adressaten, sondern auch die zur Auslegung autorisierten Personen. Für beide versteht sich das von selbst, da und soweit ihnen die Verfahrensleitung obliegt⁷¹. Denn in diesem Rahmen müssen sie zu den Prozesshandlungen des Beschuldigten in dem von ihnen erkannten (ausgelegten) Sinn Stellung nehmen.

b. Der Gegenstand der Auslegung

Auslegungsgegenstand ist die Erklärung des Beschuldigten, und zwar jede, die den vom Gesetz vorgeschriebenen Mindestinhalt aufweist und die verlangte Form wenigstens soweit beachtet, dass nicht von vornherein von Unzulässigkeit oder Unbeachtlichkeit der Prozesshandlung gesprochen werden muss⁷².

68 HAUSER 97, 243; eingehend KAHN 19 ff. und VOLLKOMMER.

69 § 401 ZH-StPO. Vgl. auch BGE 96 I 113; ferner ZR 71 Nr. 44.

70 SJZ 67, 196; 69, 23.

71 Im Kanton Zürich liegt die Verfahrensleitung bis zur Anklageerhebung grundsätzlich in den Händen des Bezirks- bzw. Staatsanwaltes, nachher in denen des Richters (§ 25 und 171 ZH-StPO).

72 Ob dem so ist, kann in Grenzfällen seinerseits wieder Auslegungsfrage sein (vgl. BGE 93 I 211, wo durch Auslegung zu ermitteln war, ob eine Appellation den Mindestinhalt aufweise und damit die Prozesshandlung beachtlich sei). Keine beachtliche Appellationserklärung lag vor in SJZ 63, 281.

Setzt sich die Erklärung aus verschiedenen einzelnen Teilen zusammen, so sind diese dann als Einheit zu behandeln, wenn sie in einem engen zeitlichen und sinn- gemässen Zusammenhang stehen. Erklärt z.B. der Beschuldigte nach der Urteilseröffnung vor Gericht den Verzicht auf die Berufung und widerruft er die Erklärung unmittelbar wieder, sei es infolge eines sofortigen Einwandes seines Verteidigers, sei es auch bloss, weil er sich versprochen hat, so ist die *Gesamterklärung* auszulegen⁷³. Das führt in diesem Beispiel dazu, dass der Beschuldigte keine Verzichtserklärung abgegeben hat. Der Vorteil dieser Betrachtungsweise liegt darin, dass, ohne das Dogma der Unwiderruflichkeit von Bewirkungshandlungen⁷⁴ antasten zu müssen, ein billiges und der Sachlage angemessenes Resultat erhalten wird. Allerdings liegen die Schwierigkeiten hier bei der Feststellung, ob im konkreten Fall noch eine Gesamterklärung angenommen werden kann, oder ob bereits zwei getrennte Erklärungen vorliegen.

c. Das Ziel der Auslegung

Auslegungsziel ist die Ermittlung des Inhalts einer (mehrdeutigen, unvollständigen oder unklaren) Willenserklärung. Wie im Privatrecht die Verkehrssicherheit fordert im Strafprozessrecht die Prozesssicherheit, dass eine Willenserklärung nach Massgabe desjenigen Erklärungswertes wirkt, den sie *objektiv* besitzt⁷⁵. Das heisst aber nicht, dass nach dem Willen des Beschuldig-

73 Vgl. PETERS 230 f.

74 Dazu unten 30 f.

75 KAHN 69.

ten überhaupt nicht geforscht werden müsse. Er findet insoweit Beachtung, als es dem Adressaten auf Grund der ihm bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennbaren Umstände möglich ist, auf diesen zu schliessen⁷⁶. Hierbei handelt es sich um eine *Minimalforderung*. Denn stets wird man vom Adressaten, dem Richter oder dem Ankläger, ein vermehrtes Forschen nach dem Willen des Erklärenden verlangen müssen, wenn eine Willenserklärung unklar scheint. Diese Forderung ergibt sich m.E. aus dem Grundsatz der Fürsorgepflicht des Gerichts, dem das Bestreben zugrundeliegt, das Uebergewicht der Strafverfolgungsbehörde zu mildern⁷⁷. Wo es möglich ist, muss also versucht werden, den Willen des Beschuldigten mit geeigneten Fragen festzustellen.

Es ist selbstverständlich, dass jede Erklärung so auszulegen ist, dass sie ein sinnvolles Ganzes bildet. Nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Sinn ist dabei massgebend⁷⁸.

Bleibt eine Erklärung trotz allem unklar, so scheint es mir richtig, sie in dem dem Beschuldigten günstigsten Sinn auszulegen⁷⁹.

76 Vgl. BGE 86 IV 149.

77 Vgl. dazu SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 6 Rn. 21.

78 Oben bei Anm. 69.

79 Vgl. ZR 67 Nr. 97: "Jedenfalls durfte sie [die Erklärung] nicht ohne weiteres in einem dem Angeklagten ungünstigeren Sinn ausgelegt werden, der ihn seiner Verteidigungsmöglichkeiten vor Gericht beraubte".
Ferner KAHN 65 ff.; STREIFF 299.

In einigen Fällen schliesslich legt das Gesetz den Inhalt einer 'Erklärung' selber fest. So werden im Kanton Zürich z.B. das Ausbleiben des Berufungsklägers bei der Berufungsverhandlung sowie des Nichtigkeitsklägers bei der Nichtigkeitsverhandlung als Rückzug des Rechtsmittels betrachtet, sofern keine genügenden Entschuldigungsgründe vorliegen (§ 424 und 434 ZH-StPO)⁸⁰. Dieser gesetzlichen Fiktion kommt jedoch in den wenigsten Fällen Bedeutung zu⁸¹.

d. Die Mittel der Auslegung

Auslegungsmittel sind bei den sprachlichen Erklärungen der Wortlaut, bei den übrigen der Sinngehalt des sozial-typischen Verhaltens. Soweit diese nicht klar sind, muss auf die Umstände abgestellt werden. Dazu gehören beispielsweise das vorangegangene Verhalten des Erklärenden, eine kurz zuvor durch den Richter erfolgte Belehrung über die Folgen einer Erklärung, ja überhaupt alles, was Rückschlüsse auf den Erklärungsinhalt erlaubt. Von Bedeutung ist namentlich die Unterscheidung zwischen Erklärungen von Laien und solchen von juristisch Gebildeten;⁸² die letzteren sind strenger auszulegen. So wird man nur bei einem Laien, nicht aber bei einem Juristen, die bei der Urteilseröffnung vorgebrachte Erklärung, "er nehme das Urteil nicht an" als gültige Einlegung der Berufung ansehen können⁸³.

80 Vgl. auch § 404 Abs. 2 ZH-StPO, Art. 143 Abs. 3 BStPO sowie BJM 1964, 313.

81 Unten 67.
Betreffend § 404 Abs. 2 ZH-StPO: MEILI 127 Anm. 107.

82 PETERS 213, 230 f. Vgl. auch ZR 40 Nr. 32; ZBJV 73, 398.

83 BGE 93 I 211 (dazu ZBJV 112, 555). Ferner SJZ 50, 17.

IV. DIE WIDERRUFLICHKEIT DER PROZESSUALEN WILLENSERKLÄRUNGEN DES BESCHULDIGTEN

1. Der Begriff

Ist seine Willenserklärung mit einem Willensmangel behaftet, so wird der Beschuldigte darnach trachten, sie anzufechten oder sonstwie rückgängig zu machen. Dieses Ziel erreicht er bei den widerruflichen Prozesshandlungen mühelos. Denn durch den Widerruf wird diejenige Prozesslage wiederhergestellt, in der sich das Verfahren vor Abgabe der zu widerrufenden Willenserklärung befand. Das gilt sinngemäss auch für den bloss teilweisen Widerruf, wogegen die Abänderung einer Willenserklärung mit der Wiederherstellung der alten zugleich die Begründung einer neuen Prozesslage bewirkt; aber auch hier liegt stets ein Widerruf vor⁸⁴.

Unter Widerruflichkeit ist, im Gegensatz zur Anfechtbarkeit, die *freie, voraussetzungslose Möglichkeit zum Widerruf* zu verstehen⁸⁵. Das heisst, dass der Beschuldigte zur Rückgängigmachung der mit einem Willensmangel behafteten Erklärung auf die Anfechtung und damit auf den rechtsgenüglichen Nachweis des Willensmangels nicht angewiesen ist — und mangels Beschwer damit auch nicht zuzulassen wäre. Dieser Unterschied macht es notwendig, dass die beiden prozessualen Mittel zur Rückgängigmachung einer Willenserklärung auf das genaueste

84 Der Beschuldigte, der beispielsweise die Einvernahme der Zeugen A und B beantragt hat und darauf stattdessen den A und den C einvernommen haben will, hat seinen Antrag hinsichtlich des Zeugen B widerrufen.

85 Vgl. MÜLLER 3 f.

auseinandergehalten werden. Er bedeutet für uns, dass die Kategorie der widerruflichen Prozesshandlungen bei der Diskussion über den Einfluss von Willensmängeln auf den Bestand einer Willenserklärung ausser acht gelassen werden kann.

2. Der Widerruf von Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen

Welche Willenserklärungen widerruflich und welche unwiderruflich sind, kann nicht allgemein beantwortet werden. Im Grundsatz wird man allerdings nicht fehlgehen, wenn man die Grenze zwischen die Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen legt⁸⁶. Nur die letzteren sind unwiderruflich, doch bestehen auf beiden Seiten Ausnahmen.

Das Gesetz selber stellt in den wenigsten Fällen Vorschriften auf⁸⁷. Meist ist es die Praxis, die bestimmt, welche Willenserklärungen nicht widerrufen werden können. Darunter fällt die mit Abstand wichtigste Gruppe der Verzichts- und Rückzugserklärungen bei Rechtsmitteln⁸⁸.

86 HENKEL 241; GOLDSCHMIDT 466; HAUSER 98; NOLL 61.

87 U.a. im Kanton Zürich bei der Wahlerklärung zwischen Ober- und Geschworenengericht gemäss § 198 lit. a Abs. 2 ZH-StPO.

88 Vgl. ZR 23 Nr. 187; 35, 7; SJZ 58, 22.
In einigen Kantonen, nicht aber in Zürich und beim Bund, ist die Unwiderruflichkeit in diesen Fällen gesetzlich normiert (so u.a. im Kanton Basel-Stadt; § 253 StPO; vgl. dazu BJM 1965, 260 und SJZ 40, 111).
Vgl. ferner den Geschäftsbericht des zürcherischen Regierungsrates 1964, 360 zur Unwiderruflichkeit der Zustimmungserklärung zum vorzeitigen Strafantritt gemäss § 419 Abs. 2 ZH-StPO.

Die als unwiderruflich geltenden Willenserklärungen, d.h. grundsätzlich alle *Bewirkungshandlungen*, gestalten die Rechtslage unmittelbar, und der Grund für ihre Unwiderruflichkeit liegt in der Forderung nach Beständigkeit der jeweiligen Rechtslage und damit nach der Stetigkeit des Verfahrens überhaupt begründet. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass anders ein geordneter Rechtsgang nicht gewährleistet und die Prozesssicherheit auf das Stärkste gefährdet wäre.

Bei den *Erwirkungshandlungen* liegen die Dinge verschieden. Sie beeinflussen das Verfahren weniger direkt, weshalb an ihren Bestand nicht so hohe Anforderungen gestellt werden müssen. In der Regel sind sie widerruflich. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Rechtslage, auf die sich die zu widerrufende Erwirkungshandlung bezieht, bereits durch eine neue abgelöst worden ist (sogenannte Ueberholung)⁸⁹.

Fraglich ist, ob bei den eher seltenen, *fristgebundenen Bewirkungshandlungen*⁹⁰ die Unwiderruflichkeit erst mit Fristablauf oder schon mit Abgabe der zu widerrufenen Erklärung eintreten solle. Denn, so wird vereinzelt argumentiert, wenn schon der Gesetzgeber⁹¹ die für die Dauer der Frist bestehende Unsicherheit über den weiteren

89 GOLDSCHMIDT 520; PETERS 229.

So wird beispielsweise die Rechtsmittelerklärung unwiderruflich, sobald die Rechtsmittelinstantz entschieden hat.

90 Z.B. die Erklärung des Beschuldigten auf Ablehnung von Geschworenen gemäss Art. 143 BStPO.

91 Bei den richterlichen Fristen der Richter.

Verlauf des Verfahrens in Kauf genommen habe, so müsse es genügen, wenn erst mit Ablauf der Frist die Rechtslage unabänderlich werde. In diesem Sinn könnte auch bei mehrfachem Widerruf eine verpönte Prozessunsicherheit während der Frist gar nicht eintreten.

Die gleiche Frage stellt sich, aber mit einer für die Praxis grösseren Bedeutung, beim *Rechtsmittelverzicht* und dem vor dem Ablauf der Frist erklärten *Rechtsmittelrückzug*: Darf der Beschuldigte seinen Rechtsmittelverzicht oder -rückzug während der Frist widerrufen? Zu beachten ist aber, dass hier nicht die innert Frist zu widerrufende Bewirkungshandlung, also nicht Verzichts- und Rückzugserklärung, sondern die Rechtsmittelerklärung selber als Erwirkungshandlung befristet sind. Diese Frage wird im Rahmen des Zweiten Teils behandelt⁹².

92 Unten 118 ff.

§ 2 WILLENSMANGEL BEI PROZESSUALEN WILLENSERKLÄRUNGEN
DES BESCHULDIGTEN; DIE UNMÖGLICHKEIT EINER EINHEIT-
LICHEN LÖSUNG

I. WILLENSMANGEL

1. Allgemeines

Allenfalls prozessrechtlich relevante Willensmängel seitens des Beschuldigten stellen sich nur bei den verfahrensgestaltenden Erklärungen ein, und das sind in dem vom Offizialprinzip und der Instruktionsmaxime beherrschten Strafverfahren nicht allzuvielen. Und da bei den widerruflichen Erklärungen die Willensmängel zudem ohne Bedeutung sind⁹³, verkleinert sich das zu behandelnde Feld noch weiter. In quantitativer Hinsicht ist die Willensproblematik im Strafprozessrecht im allgemeinen, und im besonderen was Erklärungen des Beschuldigten anbetrifft, also von eher geringer Bedeutung. Das ändert sich schlagartig, sobald auch ein qualitatives Moment berücksichtigt wird. Eine Gegenüberstellung von Privat- und Zivilprozessrecht einerseits, sowie Straf- und Strafprozessrecht andererseits zeigt, dass es in letzteren für den Einzelnen um wesentliches, nämlich um weitreichendste Eingriffe in seine persönliche Freiheit geht. Deshalb, so sollte man meinen, müsste in den Fällen, in denen das Gesetz dem Beschuldigten die Möglichkeit gibt, mittels prozessualer Erklärungen auf das Verfahren und letztlich auf das Urteil hinzuwirken, der hinter diesen Erklärungen stehende Wille besonders Beachtung finden, und zwar je mehr, je direkter die Erklärung den Inhalt der richterlichen Entscheidung zu beeinflussen geeignet ist. Wir werden jedoch sehen,

93 Vgl. oben 31 f.

dass Lehre und Rechtsprechung grösstenteils einen gegenteiligen Standpunkt einnehmen.

Vorerst soll aber abgeklärt werden, ob die im Zusammenhang mit Willensmängeln gebräuchlichen und aus dem Privatrecht stammenden Begriffe auch für das Strafprozessrecht tauglich sind, in welcher Gestalt Willensmängel sodann hier auftreten können, ob das Gesetz selber eine Lösung vorsieht und, wo nicht, ob diese eine einheitliche sein kann.

2. Tauglichkeit der privatrechtlichen Begriffe?

Als Willensmängel werden im Privatrecht Fehler bei der Bildung oder bei der Erklärung des Willens bezeichnet, die darin bestehen, dass entweder bei der *Willensbildung* von falschen Voraussetzungen ausgegangen bzw. die Willensbildung selber durch Dritte beeinflusst wird, oder dass der fehlerfrei gebildete Wille durch die *Erklärungshandlung* unrichtig zum Ausdruck kommt. Ersteres liegt dem Motivirrtum, der Täuschung sowie der Drohung und dem Zwang zugrunde. Letzteres wird vom Erklärungsirrtum erfasst, der wiederum in verschiedene Arten unterteilt wird⁹⁴. Diese Begriffe beschreiben Erscheinungen, die überall angetroffen werden, wo ein Wille gebildet und mitgeteilt wird, also nicht nur im Gebiet des Privatrechts. Privatrechtlich sind sie damit nur inso-

94 Vgl. zum ganzen: von TUHR/PETER 301 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER 127 ff.; von BÜREN 215 ff.; LARENZ 317 ff.; FLUME 398 ff. Hauptsächlich in Deutschland werden auch die Mentalreservation, die Simulation, der geheime Vorbehalt und das Scherzgeschäft zu den Willensmängeln gezählt.

fern, als sie in diesem Rechtsgebiet hauptsächlich gebräuchlich und auch hier gebildet worden sind, nicht aber, weil ihnen ein spezifisch privatrechtlicher Inhalt zukommen würde. Sie können deshalb bedenkenlos auch im Strafprozessrecht verwendet werden⁹⁵.

Mit dem Begriff der Wesentlichkeit wird im Privatrecht das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen umschrieben, die erfüllt sein müssen, damit ein Irrtum den Irrtenden zur Anfechtung seiner Erklärung berechtigt, und Anfechtbarkeit heisst die Eigenschaft einer Erklärung, mit einer einfachen, weiteren Willenserklärung (der Anfechtungserklärung) durch den Betroffenen wieder zunichtegemacht werden zu können. In der Judikatur stösst man vereinzelt auch im Strafprozessrecht auf den Begriff der Wesentlichkeit⁹⁶. Demgegenüber verwenden HAUSER⁹⁷ und NOLL⁹⁸ den Begriff der *Beachtlichkeit*. Dieser Terminologie soll gefolgt werden, auch wenn gewöhnlich nur bei den Prozesshandlungen selber von Beachtlichkeit gesprochen wird. Der Begriff der *Anfechtbarkeit* oder *Anfechtung* ist hingegen auch im Strafprozessrecht gebräuchlich⁹⁹.

95 Zum Teil wird in der Lehre zwecks besserer Abgrenzung vom Privatrecht der Begriff 'Willensfehler' dem des 'Willensmangels' vorgezogen (vgl. DENCKER 13).

96 ZR 15 Nr. 68; 46 Nr. 55.

97 98.

98 61; vgl. auch ZR 76 Nr. 111.

99 ZR 45 Nr. 64; 35 Nr. 7; SJZ 58, 22.
Vgl. ferner ROXIN 111; HENKEL 242; a.M. DAHRMANN 14 f.
Allerdings wird dieser Begriff von denjenigen Autoren vermieden, die eine Anfechtung nicht zulassen. Sofern auch sie einen Willensmangel als beachtlich erklären, sprechen sie deshalb

3. Erscheinungsformen der Willensmängel im Strafprozessrecht

Um einen Ueberblick über die zu behandelnden Probleme zu erhalten, wird an dieser Stelle eine Aufzählung möglicher Sachverhalte wiedergegeben. Variationsmöglichkeiten ergeben sich dabei in zweierlei Hinsicht: im Hinblick auf die verschiedenen Arten von Willensmängeln und hinsichtlich der verschiedenen Arten von prozessualen Willenserklärungen.

a. Erklärungsirrtum

(1) Der Bestrafte reicht sein Begehren um gerichtliche Beurteilung versehentlich bei der unzuständigen Behörde ein¹⁰⁰.

(2) Der Beschuldigte bezeichnet irrtümlich sein Rechtsmittel falsch, schreibt beispielsweise 'Rekurs' statt 'Berufung'¹⁰¹.

(3) Der fremsprachige Verurteilte bejaht die Frage des Richters, ob er ein Rechtsmittel einlegen wolle, doch der Dolmetscher übersetzt die Antwort falsch.

von der "Unwirksamkeit" der Erklärung (vgl. GOLLWIZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 302 dStPO N. 42 ff.). Die dogmatische Konstruktion ist eine andere, das Resultat aber im wesentlichen dasselbe (unten S. 147 f.).

100 Wenn er sich nicht bloss verschrieben hat, sondern meinte, dies sei die zuständige Amtsstelle, so ist er in einem Motivirrtum befangen (unten S. 41).

101 Auch hier liegt dann ein Motivirrtum vor, wenn er glaubte, er müsse einen Rekurs und keine Berufung einlegen (vgl. dazu Beispiel [8] nachstehend sowie unten S. 43 f.).

b. Motivirrtum

(4) Vom Richter gefragt, ob er auf das Rechtsmittel verzichte, antwortet der verurteilte Regierungslandmesser mit 'ja'. Er glaubte, er werde gefragt, ob er Berufung einlegen wolle¹⁰².

(5) In der irrtümlichen Annahme, er sei zu einer bedingten Gefängnisstrafe verurteilt worden, verzichtet der der deutschen Sprache nicht mächtige Beschuldigte auf die Appellation (SJZ 40, 111).

(6) In der irrigen Meinung, dass das produzierte Beweismittel (ein Brief) zu seiner Verurteilung genüge, schliesst der Beschuldigte mit dem Privatkläger im Ehrverletzungsprozess einen Vergleich (ZR 46 Nr. 55).

(7) Der vom Untersuchungsbeamten angeblich unrichtig über die Chancen seines Rechtsmittels informierte Bestrafte zieht sein Begehren um gerichtliche Beurteilung zurück (SJZ 52, 314; ZR 57 Nr. 131).

(8) Der Anwalt legt in einer irrtümlichen Annahme statt Rekurs Berufung ein (ZR 71 Nr. 44).

(9) Da er nicht wusste, dass die Privatstrafklage infolge unbenützten Ablaufs der Strafantragsfrist vom Gericht gar nicht hätte zugelassen werden dürfen, schliesst der Angeklagte mit dem Ehrverletzungskläger einen Vergleich (ZR 50 Nr. 186).

(10) Der Verurteilte ist der irrigen Meinung, die Berufungsfrist beginne erst mit Zustellung des begründeten Urteils, weshalb er sein Rechtsmittel verspätet einlegt (ZR 68 Nr. 95).

102 Beispiel bei SIEGERT 15.

(11) Der Richter nennt dem Verurteilten in der Rechtsmittelbelehrung irrtümlich eine zu lange Rechtsmittelfrist, und dieser verlässt sich darauf.

(12) Der durch eine unrichtige Auskunft des Gerichtssekretärs in einen Motivirrtum versetzte Verurteilte zieht seine Einsprache gegen den Strafbefehl zurück (ZR 76 Nr. 111).

c. Täuschung

- durch Behörden:

(13) Die Aussichten eines Rekurses gegen die Hafterstreckungsverfügung werden dem sich in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten vom Ankläger unrichtig und absichtlich als so schlecht geschildert, damit jener die Ergreifung des Rechtsmittels unterlässt respektive das schon Ergriffene zurückzieht.

- durch Private:

(14) Indem er den Beschuldigten über seine eigene Rückzugsbereitschaft täuscht, bewegt der Geschädigte jenen zum Rückzug des Rechtsmittels.

(15) Der Verteidiger, der heimlich die Interessen des Geschädigten wahrnimmt, bewegt den Angeklagten durch Vortäuschen der Aussichtslosigkeit zum Rechtsmittelverzicht.

d. Drohung

- durch Behörden:

(16) Der Angeklagte erklärt unter dem Druck des mit der Verhaftung drohenden Staatsanwaltes den Rechtsmittelverzicht (BGH 17, 14).

- durch Private:

(17) Der Vater droht dem verurteilten Sohn schwere Schläge an, wenn er das Rechtsmittel nicht zurückziehe, was der Sohn darauf auch tut¹⁰³.

Obwohl sie bis auf zwei Ausnahmen alle nur die Rechtsmittel, bzw. den Rechtsmittelverzicht und -rückzug betreffen, die übrigen Willenserklärungen also noch nicht im Spiel sind, lassen diese zum Teil der Praxis und zum Teil der Lehre entnommenen Beispiele bereits jetzt erkennen, wie *vielfältig* die Erscheinungsformen von Willensmängeln im Strafverfahren sein können. Sie zeigen, dass hier eine einheitliche Lösung, wie sie im Privatrecht verwirklicht ist, kaum möglich sein wird.

II. DIE BEHANDLUNG DER WILLENSMÄNGEL IN DEN SCHWEIZERISCHEN STRAFPROZESSGESETZEN

Bestimmungen allgemeiner Natur über die Behandlung von Willensmängeln bei Prozesshandlungen sind weder in den eidgenössischen noch in den kantonalen Strafprozess-erlassen enthalten¹⁰⁴. Allerdings finden sich vereinzelt singuläre Normen, die Willensmängel zum Gegenstand haben bzw. mit denen Willensfehler korrigiert werden können¹⁰⁵.

103 Beispiel bei PETERS 234.

104 Ebensowenig finden sich solche in der deutschen StPO.

105 Dagegen enthält kein schweizerisches Strafprozessgesetz eine Vorschrift, die die Beachtlichkeit eines Willensmangels ausdrücklich ausschliessen würde.

Wie weit das möglich ist, gilt es im folgenden nun abzuklären, wobei sich die Untersuchung auf zürcherische und eidgenössische Vorschriften beschränken wird.

1. Irrtum über die zuständige Behörde

a. Die zürcherische Regelung

Gemäss § 194 Abs. 1 ZH-GVG gelten "Eingaben und Zahlungen, die zwar innerhalb der Frist erfolgen, aus Irrtum aber an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet sind, ... als rechtzeitig eingegangen"¹⁰⁶.

Die Bestimmung ist das Ergebnis aus der Interessenabwägung zwischen Formstrenge und Verwirklichung des materiellen Rechts; sie besagt, dass ein kleiner Fehler nicht den Verlust einer prozessualen Befugnis nach sich ziehen solle auf die Gefahr hin, dass eine der materiellen Rechtslage widersprechende richterliche Entscheidung ergehe¹⁰⁷.

Unter "Eingaben" sind alle Arten von Willenserklärungen zu verstehen, nicht nur die Rechtsmittelerklärungen, sondern auch z.B. die Anklage im Ehrverletzungsprozess¹⁰⁸ usf.

106 Die Fassung des § 214 aGVG enthielt statt der Wendung "aus Irrtum" die Wendung "aus Versehen".
Vgl. auch Art. 298 Abs. 4 BE-StPO; § 47 Abs. 2 LU-StPO; § 93 ZG-GVG; § 167 Abs. 1 SO-StPO; Art. 174 SG-StPO; § 52 Abs. 2 AG-StPO.

107 SJZ 42, 45.
Vgl. auch BGE 103 Ia 55 betreffend des entsprechenden Art. 107 OG: "Es liegt dieser neueren Vorschrift der Gedanke zugrunde, dass der Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens ... gebracht werden soll".

108 ZR 61 Nr. 173; ZR 57 Nr. 131 betreffend Rechtsmittelverzicht.

Die Praxis beantwortet die Frage, was mit dem Ausdruck "Versehen" (gem. § 214 ZH-aGVG) gemeint sei, nicht einheitlich. Wohl die überwiegende Meinung geht dahin, dass die Norm nur anwendbar sei, wenn der Erklärende zwar wusste, welche Instanz nach dem Gesetz zuständig sei, aber die Eingabe dennoch - eben aus Versehen - an eine andere Instanz richtete. Sie komme dagegen nicht zum Zug, wenn der Erklärende die Eingabe an die von ihm aus richtige, in Wahrheit aber unzuständige Instanz richtet, wo er also in Konsequenz seiner irrigen Annahme handelt¹⁰⁹. Auch wenn das in den Entscheiden nirgends *expressis verbis* enthalten ist, liegt dieser Praxis die Unterscheidung zwischen *Erklärungs-*¹¹⁰ und *Motivirrtum* zugrunde: Nur der Erklärungsirrtum wäre demnach von § 194 ZH-GVG gemeint, und damit nur derjenige Erklärende geschützt, bei dem die Willensbildung fehlerfrei, die Erklärungshandlung aber fehlerhaft ist. Diese Praxis ist m.E. nicht haltbar und läuft, überspitzt formuliert, auf eine ungerechtfertigte Bevorteilung des nachlässigen Rechtskundigen gegenüber dem in Rechtsdingen Unerfahrenen hinaus. Sie kann sich zudem auf keinen eindeutigen Gesetzeswortlaut stützen, nicht in Hinsicht auf die alte und noch weniger hinsichtlich der neuen Fassung der Bestimmung und widerspricht wohl eindeutig der *ratio legis*, die darin besteht, das "Missverhältnis zwischen der Grösse des Fehlers [des Irrtums des Erklärenden] und der an ihn geknüpften Rechtsnachteile"¹¹¹ auszuräumen. Denn es ist nicht einzusehen, inwie-

109 ZR 14 Nr. 39; 26 Nr. 137; 27 Nr. 135; 32 Nr. 49; 48 Nr. 74.
Vgl. HAUSER/HAUSER, § 214 GVG Anm. 4.

110 Dem "error in persona" (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR) ähnlich.

111 Bericht der Expertenkommission von 1900, zitiert in SJZ 42, 140 f.

fern dieser Fehler bei dem im Motivirrtum Befangenen grösser (und damit das Missverhältnis kleiner) sein soll als bei demjenigen, der einem Erklärungsirrtum erlegen ist. Eine Auslegung, die keinen Unterschied zwischen Erklärungs- und Motivirrtum macht, scheint deshalb gerechter zu sein und auch dem Willen des Gesetzes besser gerecht zu werden¹¹².

In den Fällen der *Täuschung* und *Drohung* gelangt § 194 ZH-GVG selbstverständlich a fortiori zur Anwendung.

b. Die Regelung im Bunde

Bei falsch adressierten Eingaben, die dem Bundesrecht unterstellt sind, gelangt Art. 32 Abs. 3 OG zur Anwendung¹¹³. Er bietet eine ähnliche Hilfe wie die zürcherische Vorschrift, geht aber weniger weit, indem das Versehen oder der Irrtum nur dann unschädlich ist, wenn die Eingabe statt bei der kantonalen Behörde direkt beim Bundesgericht eingereicht worden ist, nicht aber im umgekehrten Fall. Diese Regelung kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen und entspricht nach den Worten des Bundesgerichts kaum mehr der zeitgemässen Auffassung; ein Mangel, dem jedoch nur der Gesetzgeber abhelfen

112 SJZ 42, 139 ff.; gl. M. wohl auch HAUSER/HAUSER, § 214 GVG Anm. 4.

Bei falsch "adressierten" Rechtsmittelerklärungen im Strafprozess kann diese Unterscheidung angesichts von § 401 ZH-StPO ohnehin bedeutungslos werden (dazu ZR 33 Nr. 18).

113 Er gilt auch im Bundesstrafverfahren (Art. 99 BStPO). Vgl. zum ganzen BIRCHMEIER, Art. 32 OG Anm. 6.

könne¹¹⁴. Von den beiden für das kantonale Strafverfahren bedeutsamen eidgenössischen Rechtsmitteln ist hauptsächlich die staatsrechtliche Beschwerde davon betroffen, da die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ohnehin bei der letzten kantonalen Instanz eingereicht werden muss¹¹⁵.

Im übrigen kann auf die Ausführungen bei der Darstellung der entsprechenden zürcherischen Regelung verwiesen werden.

2. Irrtümliche Bezeichnung des Rechtsmittels

§ 401 ZH-StPO sagt kurz und bündig: "Eine irrtümliche Bezeichnung des Rechtsmittels ist unschädlich"¹¹⁶. Es genügt also die blosser "Willenserklärung, überhaupt ein Rechtsmittel zu ergreifen, gleichgültig ob dasselbe richtig bezeichnet wurde, wenn nur die Rechtsmitteleingabe den Anforderungen entspricht, die für das gewollte Rechtsmittel aufgestellt sind"¹¹⁷.

Der Zweck dieser Bestimmung ist ersichtlich derselbe wie bei § 194 ZH-GVG: Der Verwirklichung des materiellen Rechts wird der Vorzug gegenüber der Formstrenge gegeben. Und auch hier darf m.E. keine Rolle spielen, ob

114 BGE 103 Ia 55.

115 Art. 272 Abs. 1 BStPO.

Wird die Nichtigkeitsbeschwerde aber gegenüber der falschen kantonalen Instanz erklärt, so kommt Art. 32 Abs. 3 OG zum Schaden des Rechtsmittelklägers ebenfalls nicht zur Anwendung (BGE 78 IV 131).

116 Vgl. HAUSER 243 und dort zitierte ähnliche Bestimmungen weiterer Kantone.

117 ZR 33 Nr. 18.

der Rechtsmittelkläger über die Art des zu ergreifenden Rechtsbehelfs irrte (Motivirrtum), oder ob er sich lediglich in der Bezeichnung vergriff (Erklärungsirrtum)¹¹⁸. Im übrigen gelten die Ausführungen des vorangegangenen Abschnittes (Ziff. 1) auch hier.

Eine entsprechende Vorschrift ist weder dem Organisationsgesetz noch dem Bundesstrafprozess bekannt.

3. Die Restitution

Obwohl weder § 199 ZH-GVG noch Art. 35 OG, welche die Wiederherstellung zum Gegenstand haben, von Willensmängeln sprechen, lassen beide die Korrektur von Willensfehlern zu. Dasselbe gilt zwar prinzipiell auch für die Rechtsmittel¹¹⁹, doch besteht ein wichtiger Unterschied darin, dass diese primär dazu da sind, um eine fehlerhafte richterliche Prozesshandlung, nämlich den fehlerhaften Entscheid zu korrigieren. Demgegenüber will die Restitution einen Fehler in der Prozesshandlung des Beschuldigten (i.e. seine Säumnis) beheben. Daher ist auch der Bezug zwischen ihr und einem Willensmangel des Beschuldigten ein viel direkterer und rechtfertigt es, dass an dieser Stelle nur sie behandelt wird.

a. Die zürcherische Regelung

Gemäss § 199 Abs. 1 ZH-GVG kann das Gericht "auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen

118 Vgl. BGE 93 I 211.

119 So kann z.B. ein irrtümlich zurückgezogener Beweisantrag im Berufungsverfahren vom Beschuldigten erneut gestellt werden.

und eine Verhandlung neu ansetzen, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei". Die Restitution ist damit *das* prozessuale Mittel, das dem Beschuldigten die Nachholung einer frist- bzw. termingebundenen Prozesshandlung ermöglicht, wenn er den Termin oder die Frist hat unbenützt verstreichen lassen¹²⁰. Da die Ursache der Säumnis in der Bestimmung nicht umschrieben wird, können ihr auch Willensmängel subsumiert werden. Die Restitution ermöglicht damit die Korrektur von Willensfehlern. Wie weit das der Fall ist, bedarf der Abklärung.

aa. Die verschiedenen Willensmängel

Was Irrtum und Täuschung angeht, müssen zwei Fallgruppen unterschieden werden; die Drohung wird als Spezialfall anschliessend behandelt.

Die erste Gruppe, die nur negativ umschrieben werden kann, umfasst alle Sachverhalte, bei denen der Säumnige die Frist *nicht absichtlich* verpasst. Er irrt z.B. darüber, dass eine Frist läuft, über deren Länge, über die Tatsache, dass sie von seinem Vertreter nicht benutzt worden ist usf.¹²¹, bzw. er wird darüber getäuscht. In diesen Fällen gewähren ihm Lehre und Rechtsprechung die Wiederherstellung.

120 Für die Säumnis beim Rekurs enthält § 404 Abs. 2 ZH-StPO eine Sondernorm, die dem § 199 ZH-GVG vorgeht (vgl. ZR 54 Nr. 64). Eine weitere Spezialbestimmung enthält § 197 ZH-StPO.

121 ZR 31 Nr. 198; 45 Nr. 182; 52 Nr. 98.

Die zweite Gruppe betrifft demgegenüber alle Fälle, in denen der Säumige die Frist *absichtlich* nicht wahrt. Er weiss hier, dass und wie lange die Frist läuft, doch er will sie aus andern Gründen nicht nutzen. Er irrt hier beispielsweise über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels, über die geltende Praxis, er erlangt erst nach Fristablauf von einem günstig lautenden Gutachten Kenntnis usw. bzw. er wird darüber getäuscht.

In diesen Fällen lässt die herrschende Meinung die Restitution nicht zu¹²². Ob das richtig sei, ist zumindest fraglich¹²³. Zum einen trifft das Gesetz selber weder eine solche Unterscheidung, noch verlangt es eine unterschiedliche Behandlung dieser Willensmängelarten; in ihm ist lediglich von "säumiger Partei" (Abs. 1) und - neu - von "Hindernis" (Abs. 3) die Rede. Zudem gibt es ein beachtliches Argument, das für eine weniger restriktive Praxis spricht. Der Irrtum, dem die zürcherische Praxis die Anerkennung ja grundsätzlich nicht versagt, kann als psychisches Hindernis bezeichnet werden, das dem Säumigen die Fristeinhaltung subjektiv verunmöglich¹²⁴. Wie die Unkenntnis von der Möglichkeit einer Prozesshandlung kann aber auch mangelndes Wissen der für

122 HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 1 I.
ZR 48 Nr. 128; 57 Nr. 131.

123 Hier und im folgenden: KALTHOENER 57 ff. Der Autor untersucht den § 44 dStPO, der in diesem Punkt von der zürcherischen Bestimmung (und auch von Art. 35 OG) nicht wesentlich abweicht; er befürwortet die Berücksichtigung auch der bloss "motivierenden Hindernisse".
Vgl. ferner die Kritik bei KEHL 3 Anm. 2.

124 So die Praxis des Bundesgerichts zu Art. 35 OG (unten S. 52).

die Fristwahrung erheblichen Tatsachen "Hindernis" im Sinne des Wiederherstellungsrechts sein¹²⁵. Die Antwort auf die Frage, ob der Willensmangel als Grund für die Restitution zuzulassen sei, darf deshalb einzig davon abhängen, ob er zwingend zur Säumnis führen musste. Das trifft aber nicht nur zu, wenn der Säumige nicht weiss, dass oder bis wann die Frist läuft, sondern sicher auch dann, wenn er sich über Umstände irrt, die für ihn als Motive zur Fristwahrung erheblich gewesen sind. Nehmen wir als Beispiel den leicht abgeänderten Sachverhalt, der einem Entscheid des zürcherischen Obergerichts aus dem Jahr 1978 zugrundeliegt¹²⁶: Der zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 21 Tagen Verurteilte kontaktiert einen Rechtsanwalt betreffend des weiteren Vorgehens. Dieser erklärt ihm, er könne die Strafe in Halbgefangenschaft verbüssen, weshalb der Verurteilte von der Einlegung eines Rechtsmittels absieht. Nach Fristablauf erfährt er, dass sich der Anwalt geirrt hat, und dass die Strafverbüssung in Halbgefangenschaft, welche das Motiv zur Nichteinlegung des Rechtsmittels bzw. zur Nichtwahrung der Frist war, erst ab 22 Tagen Haft möglich ist. Gemäss der geltenden Praxis würde Restitution nicht erteilt, da der Verurteilte die Frist hat absichtlich verstreichen lassen. Das ist unbillig, denn der Willensmangel war für den Verurteilten, d.h. subjektiv, von gleich zwingender Wirkung, wie wenn er gemeint hätte, ein Rechtsmittel könne gegen den Entscheid gar nicht eingelegt werden.¹²⁷

125 KALTHOENER 61.

126 ZR 76 Nr. 111.

127 Dabei muss betont werden, dass es hier nur um die Art des Willensmangels und nicht um die Frage geht, ob die Entstehung des Willensmangels verschuldet sei. Es macht daher

Dass durch die vorgeschlagene Berücksichtigung auch solcher Willensmängel die Grenzen einer vernünftigen Anwendung der Restitutionsregeln gesprengt würden, braucht nicht befürchtet zu werden. Das Verschuldenskriterium¹²⁸ bietet hierfür genügend Gewähr. Zudem muss der Willensmangel ja *zwingender* Natur, d.h. die Einhaltung der Frist unzumutbar sein. Denn nur derjenige, dem "unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Gesichtspunkte nicht zugemutet werden kann, sich den Vorstellungen und Erwägungen, die für eine Versäumung der Frist sprachen, zu verschliessen, ... war an der Einhaltung der Frist 'verhindert'"¹²⁹.

Sachverhalte, bei denen *Drohung* oder *Zwang* eine Rolle spielen, sind eher selten¹³⁰. Bei ihnen wäre es sinnlos, von Absicht oder Versehen zu sprechen; der Säumige wird hier die Frist stets absichtlich verpassen, nicht aber weil er will (wie beim Irrtum über die motivierenden Umstände), sondern weil er muss. Es ist

keinen Unterschied, ob in diesem Beispiel die unrichtige Auskunft von einem Rechtsanwalt oder vom zuständigen Gerichtsssekretär erteilt worden wäre. Letzteres traf auf den erwähnten Entscheid zu, der zudem nicht bloss das Verstreichenlassen der Frist, sondern einen ausdrücklich erklärten Rechtsmittelrückzug zum Gegenstand hatte; der Willensmangel wurde als beachtlich erklärt.

128 Unten 50.

129 KALTHOENER 65.

130 Vgl. ZR 65 Nr. 114: "Wer aus dem Strafverhaft dem Richter vorgeführt wird und wieder in den Strafverhaft zurückverbracht wird, bevor er sich vor dem Richter hat äussern können, ist der Verhandlung nicht unentschuldigt ferngeblieben".

klar, dass keine Rechtsordnung, die den Anspruch erhebt, gerecht sein zu wollen, in diesem Fall an die Säumnis Rechtsnachteile knüpfen darf. Säumnis infolge Zwang oder Drohung - gehe sie von Behörden oder Privaten aus - lässt immer den Anspruch auf Wiederherstellung entstehen¹³¹.

bb. Weitere Voraussetzungen der Restitution

§ 199 ZH-GVG ist nur anwendbar, wenn die Frist verpasst, d.h. wenn innert Frist *nicht gehandelt* worden ist, nicht aber, wenn innerhalb der Frist auf die nachzuholende Prozesshandlung ausdrücklich oder konkludent verzichtet wurde, und schon gar nicht, wenn der Beschuldigte eine bereits abgegebene Erklärung wieder zurückgezogen hat¹³². Willensmängel bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug fallen somit nicht in das Anwendungsgebiet dieser Norm. Dass das Gesetz bei Säumnis vereinzelt selber einen Verzicht oder Rückzug fingiert¹³³, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung.

In den übrigen Fällen können richterliche wie gesetzliche Fristen wiederhergestellt werden, und zwar auch dann, wenn ein Entscheid bereits in Rechtskraft erwachsen ist¹³⁴.

131 So auch NOLL 61.

132 ZR 38 Nr. 96; 57 Nr. 131.
Ob bei diesen Sachverhalten eine analoge Anwendung der Bestimmung sinnvoll ist, bleibt zu untersuchen (unten S. 112 ff.).

133 § 404 Abs. 2, 424 und 434 ZH-StPO.

134 BGE 85 II 147; SJZ 42, 45; HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 1 II.
Dennoch ist die Restitution kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne.

Dem irrenden Beschuldigten wird nur dann Wiederherstellung gewährt, wenn ihn *kein grobes Verschulden* trifft¹³⁵. Beim Irrtum wird es sich meist um einen *Rechtsirrtum*¹³⁶ handeln. Er ist stets entschuldbar, wenn er durch eine unrichtige oder unklare Rechtsmittelbelehrung verursacht worden ist, auf die sich der Beschuldigte verlassen durfte¹³⁷. Man kann hier auch von einer allerdings unabsichtlichen Täuschung sprechen. Das Bundesgericht leitet in diesen Fällen den Anspruch auf Restitution aus dem auch für die Gerichtsbehörden geltenden Grundsatz von Treu und Glauben ab¹³⁸.

An die Entschuldbarkeit des nicht durch eine falsche Belehrung hervorgerufenen Rechtsirrtums stellt die Praxis hohe Anforderungen, da "sonst dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet würden"¹³⁹. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, da vom Beschuldigten verlangt werden darf, dass er dem Ernst der Sache Rechnung trage und sich im Zweifelsfall über den Lauf der Fristen genau informiere. Dazu kann er sich an jedes Gericht wenden und braucht keinen Anwalt aufzusuchen. Im übrigen wird bei der Verschuldensprüfung auf die Verhältnisse des Rechtssuchenden abgestellt.

135 In dem von der Instruktionsmaxime beherrschten Strafprozess kann es keine "Einwilligung der Gegenpartei" geben.

136 Das gilt jedenfalls dann, wenn man dem Irrtum über motivierende Umstände die Anerkennung als Wiederherstellungsgrund versagt.
Zum Begriff: LICHTI 69 f.

137 ZR 51 Nr. 45; 68 Nr. 95; 75 Nr. 104; 76 Nr. 29; BGE 78 I 297.

138 BGE 77 I 274; 78 I 296; 97 V 250.

139 ZR 38 Nr. 141; 68 Nr. 95; 71 Nr. 3.

Andere als Rechtsirrtümer können sich durch das Verwechseln des Datums bei Tagfahrten, Rechnungsfehler bei der Fristberechnung u.ä.m. ergeben. Bei ihnen wird der Irrende eher selten um den Vorwurf der Nachlässigkeit herumkommen. Zwei Beispiele für entschuldbaren Irrtum: Im ersten beruhte der Irrtum auf einem unzutreffenden Versandstempel der Gerichtskanzlei, auf den sich der Säumige verlassen hatte (ZR 55 Nr. 4), und im zweiten nahm der Beschuldigte, dem das Gericht das Urteil direkt zugestellt hatte, irrigerweise an, sein Verteidiger habe ebenfalls ein solches erhalten und werde die weiteren Schritte wie besprochen von sich aus unternehmen (ZR 52 Nr. 98); in beiden Fällen hat das Gericht also auch hier die Entstehung des Irrtums wenigstens mittelbar gefördert.

Trotz der "Kann-Formulierung" des § 199 ZH-GVG muss sodann Restitution gewährt werden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Sie bewirkt, dass die Prozesslage wieder hergestellt wird, in der sich das Verfahren vor dem Eintritt der Säumnis befunden hat¹⁴⁰. Die Prozesshandlung kann nachgeholt, der Willensmangel korrigiert werden.

b. Die Regelung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege

Die Wiederherstellung prozessualer Fristen des Bundes ist in Art. 35 OG geregelt, welcher auch für den Bundesstrafprozess Geltung beansprucht (Art. 99 BStPO)¹⁴¹.

140 HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 VII.

141 Vgl. zum ganzen BIRCHMEIER, zu Art. 35 OG.

Laut dieser Norm ist Restitution nur bei versäumten Fristen, nicht auch bei Tagfahrten möglich. Darin unterscheidet sie sich von der zürcherischen Regelung. In der Praxis weit folgenschwerer ist aber die Tatsache, dass hier eine Frist nur wiederhergestellt werden kann, wenn überhaupt kein Verschulden seitens des Säumigen vorliegt; es muss ein "*unverschuldetes Hindernis*" vorgelegen haben.

Ein Hindernis im Sinne des Art. 35 OG liegt nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴² nicht nur vor, wenn die Partei objektiv, d.h. durch einen von ihrem Willen unabhängigen Umstand an der Fristwahrung verhindert ist, sondern auch dann, wenn ihr ein subjektiver, psychischer Hinderungsgrund die rechtzeitige Vor-
nahme der Prozesshandlung verunmöglicht¹⁴³. Wie nach der zürcherischen kommen somit auch nach der bundesrechtlichen Restitutionsvorschrift Willensmängel als Wiederherstellungsgrund in Betracht, wie z.B. "ein die Fristversäumnis bewirkender Irrtum ..., in den der Gesuchsteller ... durch das Verhalten einer Behörde - namentlich durch unrichtige Rechtsmittelbelehrung seitens einer
Amtsstelle, die den angefochtenen Entscheid getroffen hat - versetzt worden ist"¹⁴⁴. Gleich verhält es sich, wenn der Rechtssuchende im Wissen um die nur von einer bundesgerichtlichen Kammer veröffentlichte Praxis das nach der entgegengesetzten Praxis der andern Kammer
"falsche" Rechtsmittel ergreift¹⁴⁵.

142 Praxisänderung in BGE 76 I 357.

143 BGE 85 II 147; 92 I 216 f.; 96 II 265.

144 BGE 96 II 265 Erw. a.

145 BGE 96 II 265 Erw. b.

Wesentlich ist, dass der Willensmangel unverschuldet ist. Er ist es nach der strengen Praxis nur, wenn er durch unrichtige Rechtsmittelbelehrung¹⁴⁶ oder ein sonstiges Verhalten¹⁴⁷ der zuständigen Behörde verursacht wurde, nicht aber, wenn die betreffende Amtsstelle unzuständig war¹⁴⁸ oder wenn er ohne behördliches Zutun entstand^{149/150}.

4. Fazit

Zusammenfassend können wir festhalten:

- (1) Allgemeine Regeln über die Behandlung von Willensmängeln können dem Gesetz nicht entnommen werden.
- (2) Mit Hilfe singulärer Normen können in einzelnen Fällen Willensfehler des Beschuldigten korrigiert werden, nämlich:
 - (a) Alle entschuldbaren Willensmängel über die für eine Eingabe zuständige, zürcherische Behörde bleiben für den Beschuldigten ohne Rechtsnachteile (§ 194 Abs. 1 ZH-GVG); eine ähnliche, weniger weit gehende Hilfe gewährt Art. 32 Abs. 3 OG.

146 BGE 98 Ia 680.

147 BGE 96 II 265.

148 BGE 76 I 357.

149 BGE 92 I 217; dagegen ZR 62 Nr. 102.

150 Alle Entscheide zu diesem Punkt betreffen den Irrtum. Fälle von Täuschung, Drohung oder Zwang waren bisher noch nie zu beurteilen.

- (b) Alle Arten von Willensmängeln bei der Bezeichnung des Rechtsmittels sind unschädlich (§ 401 ZH-StPO).
- (c) Mit Hilfe der Restitution lassen sich Willensfehler beheben, die - kumulativ -
 - erstens bei fristgebundenen Willenserklärungen auftreten (dazu gehören, wenigstens bei § 199 ZH-GVG, auch solche, die an einer bestimmten Tagfahrt abgegeben werden müssen), die
 - zweitens ihre Wirkung im Verpassen der Frist oder Tagfahrt haben, die
 - drittens kein (grobes) Verschulden des Säumigen zur Ursache haben, und die
 - viertens (nur bei Irrtum und Täuschung, und gemäss geltender Praxis) die Frist selber bzw. ihre Einhaltung, nie aber die Motive dazu, betreffen.

5. Ausblick auf die Methode

Von den soeben dargestellten singulären Fällen abgesehen, geben die Gesetze keine Antwort auf die Frage, wie Willensmängel bei Prozesshandlungen des Beschuldigten zu behandeln sind. Das Schweigen kann ein qualifiziertes sein und bedeuten, dass der Gesetzgeber die Willensmängel bewusst nicht erwähnte, weil er die Frage nach ihrer Beachtlichkeit im negativen Sinn entschieden haben wollte. Eine Stütze für diese Ansicht findet sich jedoch nirgends, weder in den Materialien noch sonstwo; sie wird auch von niemandem vertreten. Es muss im Gegen-

teil davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber an dieses Problem nicht gedacht hat bzw. dass er ihm keine die Setzung allgemeiner oder spezieller Normen rechtfertigende Bedeutung beimass. Es liegt eine *echte Lücke* vor.

Die Methode zur Lückenfüllung ergibt sich aus Art. 1 ZGB, welcher dem Richter bekanntlich ein Vorgehen *modo legislatoris* vorschreibt¹⁵¹. Er hat eine Regel, eine generell-abstrakte Norm zu finden, indem er von der im konkreten Fall vorgegebenen Fragestellung ausgeht, gleichzeitig aber auch das für ähnliche Fälle Typische berücksichtigt. Die im Streit liegenden verschiedenen Interessen wie auch die im betreffenden Rechtsgebiet geltenden Prinzipien und Maximen sind dabei zu beachten, ebenso die Anforderungen der Rechtswirklichkeit. Als Hilfsmittel bieten sich hierzu insbesondere der Analogieschluss¹⁵², die Rechtsvergleichung, die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie bewährte Lehre und Ueberlieferung an.

Art. 1 ZGB, der kraft seiner Stellung direkt nur für das Zivilgesetzbuch und das Obligationenrecht Geltung beanspruchen kann, lässt sich ohne Zweifel für das Prozessrecht im allgemeinen und für das Strafprozessrecht im besonderen analog heranziehen¹⁵³. Die Vorteile

151 Vgl. zum ganzen: MEIER-HAYOZ, zu Art. 1 ZGB; GERMANN, Probleme 159 ff.; ferner GMÜR.

152 Zum Analogieschluss im Strafprozessrecht vgl. HAUSER 23 und dort zitierte Literatur.

153 MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N. 73; GERMANN, Probleme 194. Vgl. ferner zur Gesetzesauslegung im Strafprozessrecht HAUSER 22 ff. und Zitate; NOLL 11. Unklar BGE 74 IV 190.

eines solchen Vorgehens liegen klar auf der Hand: die Pflicht zur Regelbildung führt zu erhöhter Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, indem die Voraussehbarkeit eines richterlichen Entscheids erleichtert und zudem ermöglicht wird, dass die im Typischen gleichen Sachverhalte auch gleich entschieden werden; die Pflicht zur Erforschung und Wertung der Interessen bietet Gewähr für die materielle Richtigkeit des Entscheides; die Pflicht zur Beachtung der Rechtswirklichkeit schliesslich vermag die Praktikabilität der Regel zu fördern¹⁵⁴.

Soweit eine Regelbildung möglich ist - und sei es ob der bereits angedeuteten Vielfältigkeit der Erscheinungsformen von Willensmängeln auch nur in einem Teilbereich¹⁵⁵ - muss insbesondere die billigkeitsjuristische Methode, die von Lehre und Rechtsprechung auf diesem Gebiet zum Teil vertreten wird¹⁵⁶, auf den zweiten Platz verwiesen werden. Sie führt zu kasuistischen, nur an bestimmten Einzelheiten des konkreten Falles orientierten Lösungen und gefährdet so Rechtssicherheit wie Rechtsgleichheit¹⁵⁷.

Zu dem soeben skizzierten Vorgehen ist nur der Richter verpflichtet. Trotzdem wird sich auch die vorliegende Arbeit grundsätzlich der genannten Methode bedienen, da ihre Aufgabe es ist, in der Praxis Hilfe zu

154 MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 318 ff.; GERMANN, Probleme 220.

155 Nämlich bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug (unten 61).

156 DAHRMANN 82; ZR 76 Nr. 111; SJZ 40, 111; BJM 1965, 261.

157 Dazu GERMANN, Probleme 220 bei Anm. 18; MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 340; ders., Art. 4 ZGB insbes. N 32 ff.; BURCKHARDT 235.

bieten. Als Voraussetzung zur Regelbildung in formeller Hinsicht soll soweit möglich versucht werden, unter Herausarbeitung typischer Merkmale Fallgruppen zu bilden. Als ebensolche Voraussetzung in materieller Hinsicht werden die miteinander konkurrierenden Interessen zu untersuchen und sorgfältig gegeneinander abzuwägen sein. Und nicht minder wichtig wird sich dabei die Beachtung der Rechtswirklichkeit sowie der besonderen Wesensart des Strafprozesses erweisen.

III. KEINE EINHEITLICHE LÖSUNG¹⁵⁸

1. Die Ursache

Wir haben gesehen, dass einzelne Willensmängel bei einzelnen Prozesshandlungen eine z.T. unterschiedliche gesetzliche Regelung erfahren haben. Eine für alle Prozesshandlungen einheitliche Lösung der Willensmängelproblematik ist schon deshalb nicht möglich; sie ist es aber auch nicht in Bezug auf die übrigen vom Gesetz nicht erfassten Willenserklärungen. Denn die vielen prozessualen Erklärungen des Beschuldigten sind *qualitativ* verschieden und müssen verschieden behandelt werden.

Der Prozess entwickelt sich von Rechtslage zu Rechtslage¹⁵⁹. Jede dieser Stationen auf dem Weg zum rechtskräft-

158 Wenn hier von "einheitlicher Lösung" gesprochen wird, so geht es nicht darum, dass die verschiedenen Willensmängelarten gleich behandelt werden sollen, sondern um die Frage, ob hier - wie im Privatrecht alle Rechtsgeschäfte - alle prozessualen Willenserklärungen des Beschuldigten einheitlich behandelt werden können.

159 Dazu oben 8 f.

tigen Urteil sieht wieder anders aus, lässt andere Werte wichtig werden und andere Interessen in den Vordergrund treten. Auch die tragenden Prinzipien und Maximen des Strafprozessrechts gelten nicht in allen Prozesslagen in gleicher Weise.¹⁶⁰ *Diese Verschiedenartigkeit der einzelnen Prozesslagen bewirkt notwendigerweise eine ungleiche Behandlung der sie erzeugenden Prozesshandlungen.* Damit erhalten auch die zur Lösung der Willensmängelproblematik relevanten Gesichtspunkte, wie Gerechtigkeit, Prozesssicherheit und -klarheit usw., auf die zurückzugreifen wir gezwungen sind¹⁶¹, ein von Willenserklärung zu Willenserklärung wieder anderes Gewicht¹⁶². Einige Beispiele sollen das veranschaulichen.

Nachdem der inhaftierte Beschuldigte seine Haftentlassung beantragt, seinen Antrag darauf aber wieder zurückgezogen hat, fragt es sich, ob er das Begehren wieder neu einbringen kann. Das muss ohne Zweifel bejaht werden. Der Grundsatz der Rechtssicherheit hat hier wenig Bedeutung, da es insofern kein schützenswertes Vertrauen in den Bestand dieser Rechtslage gibt, als der

160 Vgl. unten 92 f.

161 Das wird von DENCKER (S. 12) m.E. zu Unrecht bezweifelt. Er selber setzt sich mit den Interessen der Rechtssicherheit dann doch auch gründlich auseinander (S. 47 ff.); auch begründet er die Beachtlichkeit eines Willensfehlers beim Rechtsmittelverzicht letztlich damit, dass durch jenen die Rechtsfriedensfunktion des letzteren verfehlt wird (S. 41 f. sowie 57).

162 Vgl. SCHULZE 5.
Demgegenüber versuchen MÜLLER und JOACHIM die Willensmängelproblematik für verschiedenste Prozesshandlungen gleich zu lösen (dazu Kritik bei DENCKER 24).

Haftgrund von Tag zu Tag wegfallen oder ein anderer entstehen kann¹⁶³. Es geht hier allein um die Frage der Rechtmässigkeit der Haft, die stets muss überprüft werden können.

Grundsätzlich verschieden muss die Frage beurteilt werden, ob der Verurteilte, der seine Berufung zurückgezogen hat, erneut Berufung einlegen kann, sei es innert Frist oder nach Fristablauf, mit denselben oder andern Anträgen. Die herrschende Meinung verneint das kategorisch mit der Begründung, dass hier die Rechtssicherheit der Forderung nach materieller Richtigkeit des Entscheides vorgehe.

Anders liegen die Dinge, wenn der Angeklagte, z.B. in Unkenntnis des Unterschiedes zwischen Ober- und Geschworenengericht, gemäss § 198 lit. a ZH-StPO die Beurteilung seiner Tat durch das Obergericht gewählt hat, und nun doch vor das Geschworenengericht gestellt werden möchte. Hier verdient das Vertrauen der Oeffentlichkeit, namentlich der übrigen Prozessbeteiligten in den Bestand der Erklärung aus naheliegenden Gründen besondere Beachtung. Andererseits kann hier in der Forderung nach materieller Richtigkeit des (zukünftigen) Entscheides kein Lösungsgesichtspunkt erblickt werden.

Nochmals anders ist die Rechtslage und die Bewertung der zu berücksichtigenden Interessen nach einem Verzicht des Beschuldigten auf Anwesenheit bei der Zeugen-
eilvernahme¹⁶⁴, nach dem Rückzug eines Gesuchs um vorzei-

163 Die Aussage, dass in diesem Fall die Abschreibungsverfügung des Untersuchungsrichters nicht in materieller Rechtskraft erwachse, bedeutet nichts anderes.

164 Vgl. SJZ 68, 184 ff.

tigen Strafantritt (§ 37 Abs. 3 ZH-StPO), nach dem Verzicht auf das Einlegen eines Ablehnungsbegehrens gegen einen Richter usf.

Eine Folge dieser Unterschiedlichkeit der Prozesslagen haben wir in der Unterscheidung zwischen widerruflichen und unwiderruflichen Prozesshandlungen bereits kennengelernt. Sie wirkt sich auch auf die Anfechtbarkeit der Willenserklärungen aus. Während jedoch dort die Unterteilung der Prozesshandlungen in Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen noch eine gewisse Hilfe zu bieten vermochte, müssen wir hier auf eine solche *völlig verzichten*¹⁶⁵. Wohl kann gesagt werden, dass sich die Frage nach der Geltung einer Erklärung trotz eines Willensmangels nur bei den Bewirkungshandlungen stellt. Das trifft aber nur deshalb zu, weil diese eben in der Regel unwiderruflich sind. Gewonnen ist mit dieser Erkenntnis nichts. Dass diese Unterteilung der Prozesshandlungen für die Behandlung von Willensmängeln auch sonst nichts hergibt, lassen die genannten Beispiele erkennen; sie alle haben eine Bewirkungshandlung zum Gegenstand und verlangen dennoch verschiedene Lösungen.

2. Die Folge für die vorliegende Arbeit

Es hat sich also gezeigt, dass nicht alle Willensmängel bei Prozesshandlungen des Beschuldigten, ja nicht einmal bloss diejenigen innerhalb der Kategorie der Bewirkungshandlungen gleich behandelt werden können. Damit

¹⁶⁵ Ähnlich auch DENCKER 22 ff., 24: "Fazit: Der Prozesshandlungsbegriff ist für das Thema der Arbeit nicht von konstruktiver Bedeutung, beachtet werden muss er nur als mögliche Fehlerquelle".

muss der Versuch aufgegeben werden, im Strafprozessrecht ein System zur Lösung der Willensmängelproblematik zu schaffen, das umfangmässig demjenigen im Privatrecht vergleichbar wäre.

Eine Gruppe aus dem weiten Feld prozessualer Erklärungen des Beschuldigten kann allerdings zusammengefasst und auch in Bezug auf die Willensmängel einheitlich behandelt werden, nämlich die als unwiderruflich geltenden Willenserklärungen, die ein Rechtsmittel betreffen: *die Rechtsmittelverzichts- und Rechtsmittelrückzugserklärungen*. Sie sind für das Verfahren und den Beschuldigten ersichtlich von grosser Bedeutung und können, zusammen mit der Rechtsmittelerklärung selber, zu den wichtigsten Prozesshandlungen des Beschuldigten überhaupt gezählt werden. Bei ihnen akzentuiert sich denn auch die Frage nach der Beachtlichkeit eines Willensmangels in besonderem Mass, und praktisch alle Entscheide, die sich mit Willensmangelndes Beschuldigten im Strafprozess befassen, beziehen sich auf sie. Aus diesen Gründen werden wir uns im folgenden ebenfalls einzig mit der für die Praxis bedeutsamsten Frage auseinandersetzen, welche Wirkung ein Willensmangel bei diesen beiden Erklärungsarten haben kann und soll.

ZWEITER TEIL:

WILLENSMÄNGEL BEI
RECHTSMITTELVERZICHT UND -RÜCKZUG

§ 1 DIE ZU BEHANDELNDEN RECHTSBEHELFE

Es geht in diesem Abschnitt darum, zu untersuchen, welche Rechtsbehelfe im folgenden gemeinsam behandelt werden können. Die Lehre kennt als Oberbegriff die Rechtsbehelfe im weiteren Sinne und unterteilt diese in die Rechtsbehelfe im engeren Sinne und in die Rechtsmittel.

Rechtsmittel sind die Anfechtungsmöglichkeiten, mit denen ein Prozesssubjekt oder eine sonst betroffene Person die Nachprüfung eines für sie nachteiligen Entscheides verlangen kann, um seine Aufhebung oder Aenderung zu erwirken¹⁶⁶. Unter Rechtsbehelfen i.e.S. versteht man demgegenüber verschiedene andere Möglichkeiten der Beteiligten, einen Entscheid anzufechten¹⁶⁷.

I. DIE ZÜRCHERISCHE STRAFPROZESSORDNUNG

Rechtsmittel im obgenannten Sinn sind der Rekurs (§ 402 ff.), die Berufung (§ 410 ff.), die (kantonale) Nichtigkeitsbeschwerde (§ 428 ff.) und die Revision (§ 439 ff.).

166 HAUSER 236; ähnlich NOLL 104.

167 HAUSER 236; SCHMIDT, Kolleg, Rn. 345.

Den Rechtsmitteln besonders ähnlich sind die beiden *Rechtsbehelfe i.e.S.* der Einsprache gegen den Strafbefehl (§ 321) und des Begehrens um gerichtliche Beurteilung einer Strafverfügung der Verwaltungsbehörden (346). Sie werden mit den Rechtsmitteln zusammen behandelt, denn hier wie dort ist die Rechtslage nach Abgabe der Verzicht- oder Rückzugserklärung praktisch dieselbe.

Beim Begehren des in Abwesenheit Verurteilten um Durchführung des ordentlichen Verfahrens (§ 197) scheinen die Dinge etwas anders zu liegen, denn hier wird kein Entscheid überprüft, sondern von vornherein durch dieselbe Instanz und in demselben Verfahren ein neuer gefällt. Doch auch hier entsteht eine Prozesslage, die nicht von der vorgenannten abweicht, wenn der Kontumax auf das Begehren verzichtet, oder es wieder zurückzieht: Er kann das Begehren nicht nochmals stellen, und das Kontumazialurteil wird in der Regel sofort rechtskräftig¹⁶⁸. Die nachfolgenden Ausführungen haben deshalb auch für diesen Rechtsbehelf uneingeschränkt Geltung.

II. DIE STRAFPROZESSORDNUNGEN DER ÜBRIGEN KANTONE UND DES BUNDES

Insbesondere hinsichtlich der *Rechtsbehelfe i.e.S.* wäre es mit zu grossen Schwierigkeiten verbunden, abzu-

168 Denn zu diesem Zeitpunkt wird die Frist zur Einlegung der Berufung meist abgelaufen sein; diese kann daher selbst dann nicht mehr ergriffen werden, wenn man im Verzicht oder Rückzug des Begehrens gemäss § 197 ZH-StPO keinen (konkludenten) Verzicht auf die Berufung selber erblicken wollte (dazu ZR 35 Nr. 15; a.A. ZR 75 Nr. 97).
Zur Frage, wieweit in diesen Fällen die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde noch offenstehe vgl. BGE 102 IV 59.

klären, welche dieser Institute in den übrigen 26 schweizerischen Strafprozessordnungen genügend Aehnlichkeit für eine gemeinsame Behandlung aufweisen. Die Frage bleibt hier offen; wer dies in einem konkreten Fall zu untersuchen hat, wird die Antwort jedoch ohne grosse Schwierigkeit finden können.

Bei den *Rechtsmitteln* werden es hingegen praktisch alle sein. Der folgende Text wird sie im weitesten Umfang einbeziehen.

§ 2 RECHTSMITTELVERZICHT UND -RÜCKZUG

Bevor auf die Willensmängel eingegangen werden kann, ist das Wesen der Verzichts- und rückzugserklärung im einzelnen kurz darzustellen. Das soll zuerst anhand des deutschen und darauf anhand der schweizerischen Strafprozessgesetze geschehen.

I. DIE DEUTSCHE STRAFPROZESSORDNUNG

Die Zulässigkeit von Rechtsmittelverzicht und -rückzug¹⁶⁹ ergibt sich in Deutschland aus § 302 dStPO, der bestimmt, dass beide vor Fristablauf erklärt werden können¹⁷⁰. Die Bestimmung gilt analog auch für den Einspruch gegen den Strafbefehl und für den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens.

Die Verzichts- und Rückzugserklärung ist bedingungsfeindlich, muss schriftlich oder mündlich zu Protokoll abgegeben werden und den Willen deutlich, d.h. zweifelsfrei zum Ausdruck bringen. Sie ist frühestens zu dem Zeitpunkt möglich, an dem der Erklärende zuverlässig vom Inhalt des Entscheides Kenntnis erlangt bzw. der Fristenlauf beginnt.

Die Erklärung ist nach der herrschenden Meinung sodann unwiderruflich. Deshalb sind die Vorschriften be-

169 Vgl. zum Ganzen: GOLLWITZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 302 dStPO N. 1 ff.; SCHMIDT, Lehrkommentar II, § 302 dStPO N. 1 ff.; ders., Nachträge I bei § 302 dStPO; HENKEL 367; DENCKER 15 ff., 36 ff.

170 Vgl. auch § 303 dStPO zur Zurücknahme des Rechtsmittels.

treffend Form, Inhalt und Zeitpunkt der Erklärung besonders zum Schutze des Beschuldigten aufgestellt, und deshalb wird hinsichtlich der Auslegung einer unmittelbar auf die Urteilsverkündung abgegebenen Erklärung "besondere Behutsamkeit" gefordert¹⁷¹.

Da nach der deutschen Strafprozessordnung ein vorzeitiger Strafantritt nicht möglich ist, ist der inhaftierte Beschuldigte oft in der Zwangslage, entweder auf ein Rechtsmittel zu verzichten, oder eine Verlängerung der Untersuchungshaft in Kauf nehmen zu müssen. Dies wurde bereits bei den Beratungen der Kommission zur Reform des Strafprozesses¹⁷² erkannt, doch es wurde nur teilweise Abhilfe geschaffen¹⁷³. Dem Beschuldigten blieb damit das genannte Motiv zur Abgabe der Erklärung. Und da man von der Statuierung einer Widerrufsmöglichkeit während der Dauer des Fristenlaufs absah, blieb auch die Gefahr, dass der Beschuldigte bei einer unüberlegten und voreilig abgegebenen Erklärung zu seinem Nachteil behaftet wurde¹⁷⁴.

171 SCHMIDT, Nachträge I, § 302 dStPO N. 3.

172 Zitiert bei DAHRMANN 14.

173 Vgl. § 450 Abs. 1 dStPO.

174 Die Möglichkeit des abgekürzten Urteils gemäss § 267 Abs. 4 dStPO bildet heute wohl kein Motiv mehr zur Abgabe einer Verzichtserklärung, da in der neuen Fassung das unbenützte Verstreichen der Rechtsmittelfrist dem Verzicht gleichgesetzt ist (Änderung gemäss Gesetz vom 9. 12. 1974, BGBl 1974 I 3400).

II. DIE REGELUNG IN DER SCHWEIZ

1. Allgemeines

a. Begriff und Wesen der Erklärung

Da verschiedene Strafprozessordnungen - so u.a. die zürcherische (§ 404 Abs. 2, 424 und 434) - auch bei Säumnis von Verzicht und Rückzug sprechen, bedarf es einer Präzisierung. Hier und im folgenden wird unter Verzicht nur ein solcher verstanden, der vor Fristablauf erklärt wird, der sich m.a.W. nicht in einem blossen Verstreichenlassen der Frist erschöpft, und unter Rückzug nur eine Willenserklärung, die auf andere Weise als durch ein blosses Nichterscheinen zur Verhandlung ausgedrückt wird. Abweichungen von diesem Grundsatz werden im Text erwähnt.

Verzichts- und Rückzugserklärung sind einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie stellen *Bewirkungshandlungen* dar, indem sie mit ihrer Abgabe den Eintritt der Rechtskraft oder doch wenigstens das Ende des betreffenden Rechtsmittelverfahrens von selbst herbeiführen.

b. Zulässigkeit der Erklärung

Der Verzicht auf ein Rechtsmittel ist in einigen wenigen Strafprozessgesetzen normiert¹⁷⁵. Hinsichtlich der übrigen wird die Frage nach seiner Zulässigkeit unterschiedlich beantwortet. Einzelne Autoren wollen sie eher verneinen, da die gesetzlich gewährte Deliberations-

175 Z.B. § 148 BL-StPO; § 244 BS-StPO; § 169 Abs. 1 Ziff. 2 AG-StPO.

frist nicht durch eine private Willenserklärung soll abgekürzt werden können. Ein vorzeitiger Verzicht käme nach dieser Ansicht einer unzulässigen Abänderung des Gesetzes gleich¹⁷⁶.

Im Kanton Zürich, der ebenfalls keine diesbezügliche gesetzliche Bestimmung kennt, entschied das Obergericht im Jahre 1937, dass das Recht auf Berufung unverzichtbar sei; es blieb aber die Begründung schuldig¹⁷⁷. Wenig später nahm das Kassationsgericht, ohne Hinweis auf den obergerichtlichen Entscheid und ebenfalls ohne Begründung, im gegenteiligen Sinn Stellung¹⁷⁸, und seitdem wird die Zulässigkeit des Verzichts allgemein anerkannt¹⁷⁹. Ob das richtig ist, bleibt m.E. fraglich.

Aus dem Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung kann weder für noch gegen die Zulässigkeit des Verzichts etwas abgeleitet werden; ebensowenig aus dem Umstand, dass einige Strafprozessgesetze den Verzicht ausdrücklich im positiven Sinne regeln. Tatsache bleibt, dass bei einer solchen Lösung die Gefahr gross ist, dass ein Verurteilter voreilig und unüberlegt auf ein Rechtsmittel verzich-

176 Vgl. LARDI 128; HOLZER 41.

Eher gegen die Zulässigkeit des Verzichts, aber de lege ferenda, ist auch WALDER, Offizialmaxime 40 ff.: "Im Sinne des Gesetzes scheint es zu liegen, dass dort, wo die Entscheidung eine Rechtsfolge ausspricht, die von den Parteien rechtsgeschäftlich nicht herbeigeführt werden kann, ihnen die Rechtsmittelfrist unverkürzt zur Verfügung stehe".

Vgl. ferner GULDENER 514.

177 ZR 37 Nr. 90.

178 ZR 38 Nr. 96.

179 SJZ 50, 17; ZR 73 Nr. 55.

HERY 114; MEILI 124 f.; ferner DUBACH 185; STREIFF 293.

tet und dann beim Verzicht behaftet wird. Wenn in einem solchen Fall die Aussicht auf eine Strafreduktion oder gar auf einen Freispruch im Rechtsmittelverfahren erheblich, der erstinstanzliche Entscheid also ein Fehlentscheid gewesen wäre - eine keineswegs bloss theoretische Möglichkeit -, so kann man kaum die Augen vor der Unbilligkeit des Resultates verschliessen. Zudem fragt es sich, wo denn überhaupt ein schützenswertes Interesse an der Möglichkeit zum Verzicht liege, und m.a.W. der Ablauf der kurzen Rechtsmittelfrist nicht abgewartet werden könne¹⁸⁰. Das Argument, das in Deutschland Gewicht hat, ist wenigstens im Kanton Zürich keines, da der Beschuldigte gemäss § 37 Abs. 3 StPO die Sicherheitshaft mit dem Normalregime einer Strafanstalt schon nach Beendigung der Untersuchung vertauschen kann¹⁸¹. Andere, gewichtige Gründe für die Beibehaltung der Verzichtsmöglichkeit sind m.E. auch sonst nicht ersichtlich^{182, 183}. Andererseits wird nicht verkannt, dass es völlig im Belieben des Beschuldigten liegt, ob er ein Rechtsmittel ergreife oder nicht, und es deshalb naheliegen kann, ihm in dieser vom Dispositionsprinzip beherrschten Prozesslage eine Verzichtsmöglichkeit zuzubilligen. Allein die Bedenken bleiben.

180 Ebenso SPECHT 73.

181 Vgl. das Kolloquium der zürcherischen Staatsanwaltschaft vom 20./21. Januar 1975, Kleine StPO-Revision, S. 36 f.; ferner § 419 Abs. 2 ZH-StPO.

182 Denn anders als im Zivilprozess ist ein Verzicht erst nach Kenntnis des Entscheides möglich (nachstehend lit. c).

183 Für Deutschland vgl. DENCKER, der sich de lege ferenda ebenfalls gegen eine Verzichtsmöglichkeit wendet (S. 80).

Die Zulässigkeit des *Rückzugs* von Rechtsmitteln wird allgemein anerkannt, denn es soll niemand gezwungen sein, gegen seinen Willen ein Rechtsmittelverfahren durchzuführen. Beim Rückzug vor Ablauf der Rechtsmittelfrist stellen sich allerdings ähnliche Probleme wie beim Verzicht.

c. Der Zeitpunkt der Erklärung

Ein *Verzicht* ist nur während der Dauer der Rechtsmittelfrist möglich. Nach Fristablauf besteht keine prozessuale Möglichkeit mehr, auf die verzichtet werden könnte, und der Verzicht vor Erlass des Entscheides, bzw. bevor der Beschuldigte vom Entscheid zuverlässig Kenntnis erhalten hat, wird von der herrschenden Meinung mit gutem Grund als nicht beachtlich erklärt. Denn es ist, nach den Worten des Bundesgerichts, ein "allgemeiner Grundsatz, dass ein Verzicht auf ein Rechtsmittel jedenfalls dann als unwirksam betrachtet werden muss, wenn nicht vorausgesetzt werden darf, dass die Partei dabei in voller Sachkenntnis gehandelt hat"¹⁸⁴.

Der *Rückzug* eines Rechtsmittels ist während und nach Ablauf der Frist möglich, spätestens bis zum Erlass des Rechtsmittelentscheides¹⁸⁵.

d. Der Adressat der Erklärung

Adressat einer ausdrücklichen *Verzichtserklärung* ist grundsätzlich diejenige Instanz, die den Entscheid

184 BGE 86 I 153.

Ferner MEILI 125 f.; JAEGER 106; JACKOWSKI 75; WAIBLINGER, Art. 297 BE-StPO N. 1; vgl. auch GULDENER 514 ff.

185 DUBACH 185 f.; STREIFF 294; HERY 115.

erlassen hat. Bei falsch adressierten Erklärungen kann jedoch, je nach der betreffenden kantonalen Bestimmung, die Weiterleitung an die zuständige Stelle von Amtes wegen angeordnet sein¹⁸⁶.

Adressat beim *Rückzug* ist die betreffende Rechtsmittelinstanz.

Stillschweigende Erklärungen, so z.B. der konkludente Verzicht auf Durchführung des ordentlichen Verfahrens durch Bezahlen der durch Kontumazialurteil ausgefallten Busse, werden oft an keinen bestimmten Adressaten gerichtet. Sie gelten dennoch als beachtlich.

e. Die Wirkung der Erklärung

Der sowohl während als auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erklärte Rückzug bzw. der Verzicht bewirken nach der herrschenden Meinung und z.T. nach dem Gesetz¹⁸⁷ den sofortigen Eintritt der *Rechtskraft*; dies jedenfalls dann, wenn der Verzicht alle Rechtsmittel umfasst oder wenn der Rückzug zu einem Zeitpunkt erklärt wird, an dem die übrigen Rechtsmittelfristen schon abgelaufen sind. Das bedeutet, dass auch das zurückgezogene oder darauf verzichtete Rechtsmittel nicht wieder neu eingelegt werden kann, und - beim Rückzug - dass das Rechtsmittelfahren abgeschrieben wird. Beim *Berufungsverzicht* oder

186 Vgl. oben 40 ff.; ZR 57 Nr. 131.

187 § 176 Abs. 1 TG-StPO; § 231 Ziff. 2 und 3 LU-StPO; § 148 BL-StPO; § 169 Abs. 1 Ziff. 3 AG-StPO; § 245 BS-StPO; § 171 Abs. 1, 2, 3 und 5 SO-StPO.
HAUSER 213; GEBISTORF 94; JACKOWSKI 75; LITSCHGI 82; a.M. HOLZER 42 f.
ZR 60 Nr. 46.

-rückzug steht dem Beschuldigten aber immer noch die Möglichkeit offen, sich einer eventuell vom Geschädigten oder der Staatsanwaltschaft erklärten Berufung anzuschliessen¹⁸⁸.

Bei der *Revision* (Wiederaufnahme) und m.E. auch bei der *Nichtigkeitsbeschwerde* haben Verzicht und Rückzug hingegen nur für die betreffende Rechtslage Geltung¹⁸⁹. Das heisst, dass der Rückzug des Revisionsbegehrens und der Nichtigkeitsbeschwerde oder der hinsichtlich eines bestimmten Revisions- bzw. Nichtigkeitsgrundes erklärte Verzicht einer Einlegung desselben Rechtsmittels dann nicht entgegenstehen, wenn - kumulativ - es auf einen andern Rechtsgrund abgestützt wird, wenn die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist, und wenn nicht die Auslegung der Erklärung ergibt, dass auch der nun neu geltend gemachte Rechtsgrund vom Verzicht bereits mit-erfasst wurde. Letzteres hängt u.a. davon ab, ob der neue Rechtsgrund dem Beschuldigten schon zum damaligen Zeitpunkt bekannt war oder nicht¹⁹⁰.

Eine bedeutsame Folge der Erklärung ist schliesslich, dass der Entscheid mangels Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann¹⁹¹.

188 ZR 20 Nr. 94; 73 Nr. 55; vgl. ferner STRAULI, § 425 ZH-StPO N 1.

189 Vgl. STREIFF 294 f.

190 Vgl. ZBJV 69, 235.

191 Art. 268 Ziff. 1 BStPO. Vgl. ZR 70 Nr. 19. Ebenso unzulässig ist in diesem Fall eine staatsrechtliche Beschwerde; Art. 86/7 OG (dazu BGE 98 Ia 648).

f. Form und Inhalt der Erklärung

Was Form und Inhalt der Erklärung anbetrifft, finden sich im Schrifttum verschiedene Ansichten. Während einige Autoren Schriftlichkeit resp. mündliche Erklärung zu Protokoll und Ausdrücklichkeit verlangen¹⁹², lassen andere auch eine formlose und stillschweigende Erklärung genügen¹⁹³. Es versteht sich, dass dies eng mit der Wirkung zusammenhängt, die man der Verzichts- oder Rückzugs-erklärung folgen lassen will: Wer der Erklärung in jedem Fall Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit zukommen lässt, muss, um unbillige und stossende Resultate zu vermeiden, zum Schutz des Erklärenden weitergehende (Form- und Inhalts-)Vorschriften postulieren¹⁹⁴. Aus dem Gesetz ergeben sich diese aber nicht¹⁹⁵, und sie werden im Kanton Zürich auch von der Praxis nicht aufgestellt¹⁹⁶.

2. Die Auslegung der Erklärung¹⁹⁷

Das Fehlen von Form- und Inhaltsvorschriften wirkt sich auf die Auslegung erschwerend aus. So ergeben sich gerade bei den stillschweigenden Erklärungen vielfach Probleme.

192 DUBACH 185 f.; MEILI 125; LITSCHGI 79 f.

193 STREIFF 293 f.; HAURI 29; SCHWENDENER 86 f.
Ferner oben 23 f.

194 Zum Beispiel MEILI 126.

195 Vgl. dagegen Art. 28 Abs. 5 StGB, der für den Verzicht auf den Strafantrag Ausdrücklichkeit verlangt; sowie § 244 BS-StPO.

196 ZR 73 Nr. 55 und SJZ 50, 17, die beide von der Form- und Inhaltsfreiheit der Erklärung ausgehen.

197 Vgl. oben 22 ff.

Darf beispielsweise in der Bezahlung der im Kontumazialverfahren ausgesprochenen Busse ein Verzicht des Beschuldigten auf Durchführung des ordentlichen Verfahrens erblickt werden? Das wurde in zwei früheren, zürcherischen Entscheiden bejaht¹⁹⁸. Auch später entschied das Obergericht noch, in Bestätigung eines bezirksgerichtlichen Urteils, dass der Verurteilte durch sein Gesuch um Strafaufschub zu erkennen gegeben habe, dass er das Urteil anerkenne, weshalb auf sein Begehren um Durchführung des ordentlichen Verfahrens nicht einzutreten sei. Das Kassationsgericht hob den Entscheid auf und erklärte, die Argumentation der Vorinstanz setze logisches Denken und juristische Kenntnisse voraus, die bei einem Verurteilten nicht ohne weiteres vermutet werden dürfen. Für die Annahme einer stillschweigenden Anerkennung des Urteils bedürfe es in casu konkreterer Anhaltspunkte¹⁹⁹. Diese Ansicht des Kassationsgerichts verdient uneingeschränkte Zustimmung. Demgegenüber wird man bei der früheren Auslegungspraxis den Verdacht so leicht nicht los, dass der Gedanke der 'Prozessökonomie' allzu sehr berücksichtigt wurde²⁰⁰.

Bei der Annahme einer stillschweigenden Verzichts- oder Rückzugserklärung ist grundsätzlich Zurückhaltung am Platz. Wo der entsprechende Wille eines Beschuldigten nicht klar aus der Erklärungshandlung hervorgeht, muss

198 ZR 25 Nr. 49; 51 Nr. 39.

199 SJZ 50, 17.

200 Mitursächlich für diese Auslegungsweise war wohl auch die damalige, unzureichende Bestimmung des § 197 ZH-StPO in der Fassung vom 6. Juli 1941, gemäss welcher ein Verurteilter noch nach Jahr und Tag das Begehren stellen konnte.

nach ihm geforscht werden; bleiben Zweifel, so hat er als nicht erklärt zu gelten. Das gilt für die Frage, ob ein Verzicht nur in Bezug auf ein oder in Hinsicht auf alle möglichen Rechtsmittel erklärt worden sei, wie für die Erklärung des Beschuldigten, er wolle das Urteil annehmen²⁰¹. Wo hingegen zweifelsfrei auf den Verzichts- oder Rückzugswillen geschlossen werden kann, ist auch die stillschweigende Erklärung beachtlich. Es besteht keine Notwendigkeit, Ausdrücklichkeit oder eine bestimmte Form zu verlangen.

Wenn der Beschuldigte einen Verfahrensmangel während des Prozesses nicht rügt, obgleich er dazu Gelegenheit gehabt hätte, so könnte sich fragen, ob er damit auf die Anfechtung verzichtet habe. Nach richtiger Betrachtungsweise geht es hier aber nicht um eine Frage der Auslegung, sondern um den Grundsatz von Treu und Glauben und den Rechtsmissbrauch; der Beschuldigte hat hier nicht auf die Anfechtung verzichtet, er hat sie *verwirkt*²⁰².

Der Beschuldigte kann die *Berufung* auf einzelne Teile des Urteils *beschränken*, sei es von Anfang an oder nachdem er zuvor im vollen Umfang appelliert hat. In einem gewissen Rahmen, über den in der Praxis keine Einigkeit herrscht, ist das Gericht an eine solche Beschränkung gebunden²⁰³. Vorliegend ist jedoch die andere Seite interessant, nämlich zu wissen, ob auch der Beschuldigte

201 Zum Beispiel ZBJV 73, 397.

202 HAUSER, ZStrR 90, 227 f.; SJZ 68, 185.

203 HERY 144 ff.; HAUSER 249 f.; NOLL 109.

daran gebunden ist, ob m.a.W. im ersten Fall ein teilweiser Verzicht, im zweiten Fall ein teilweiser Rückzug vorliegen.

Nach der zürcherischen Praxis ist eine Ausdehnung des Berufungsantrages auf weitere Punkte *während der Rechtsmittelfrist* ohne Einschränkung zulässig²⁰⁴. Die blossе Nichtanfechtung dieser Urteilsteile anlässlich der ersten Berufungserklärung wird nicht als teilweiser Verzicht, und (wohl) auch die blossе Präzisierung der zuerst im vollen Umfang erklärten Berufung nicht als teilweiser Rückzug ausgelegt²⁰⁵; beides wird als gewöhnliche, vorerst bestehende Nichtausschöpfung der prozessualen Möglichkeiten betrachtet, welche innert Frist noch korrigiert werden kann²⁰⁶.

Nach Fristablauf wird eine Ausdehnung der Berufung grundsätzlich nicht mehr zugelassen, da die nichtangefochtenen Urteilsteile in Rechtskraft erwachsen²⁰⁷. Hingegen darf in denjenigen Fällen, in welchen die Beschränkung das Gericht nicht bindet, auch für den Beschuldigten keine Bindung eintreten²⁰⁸. Er kann hier seine Anträge auch nach Fristablauf ergänzen; die Beschränkung hat den Eintritt der Rechtskraft nicht zur Folge.

204 ZR 24 Nr. 158; ZR 38 Nr. 93 (= SJZ 35, 314).

205 Diese Frage wurde m.W. noch nie entschieden; sie muss wohl ebenfalls bejaht werden.

206 Gl.M. ist die bernische Praxis; ZBJV 111, 469. Die herrschende Meinung in Deutschland vertritt hingegen die gegenteilige Ansicht; dazu GOLLWITZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 318 dStPO N. 7 ff.; GRÜN WALD 72, und die dort zitierte Literatur.

207 ZR 24 Nr. 41; 35 Nr. 41.

208 HAUSER 251.

3. Die Unwiderruflichkeit der Erklärung

Nochmals sei betont, dass es bei der Widerruflichkeit um die freie, voraussetzungslose Möglichkeit zum Widerruf geht, die nichts zu tun hat mit der Anfechtbarkeit. Diese begriffliche Trennung wird von Lehre und Praxis nicht immer durchgeführt²⁰⁹.

Drei Fälle sind im folgenden zu unterscheiden: Der Widerruf der Verzichts- und Rückzugserklärung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, der Widerruf der Verzichtserklärung vor Fristablauf und der Widerruf der Rückzugserklärung vor Fristablauf.

Verzichts- und Rückzugserklärung sind Bewirkungshandlungen und als solche grundsätzlich unwiderruflich²¹⁰. Von ihrer Unwiderruflichkeit geht auch die herrschende Meinung aus²¹¹. Soweit die Rechtsmittelfrist zum Zeitpunkt des Widerrufs bereits abgelaufen ist, versteht sich das von selbst, denn zu diesem Zeitpunkt ist der Entscheid ohnehin in Rechtskraft erwachsen. Eine andere Lösung ist undenkbar; andernfalls wäre derjenige besser gestellt, der auf das Rechtsmittel verzichtet oder sein Rechtsmittel zurückgezogen hat, als der, der die Frist einfach hat verstreichen lassen.

Die Unwiderruflichkeit der Verzichtserklärung vor Ablauf der Rechtsmittelfrist kann m.E. ebenso wenig in

209 Unten 86.

210 Oben 30 ff.

211 HAUSER 98; DUBACH 185; STREIFF 293 f.
ZR 35 Nr. 7; SJZ 58, 22.

Frage gestellt werden. Ein solcherart widerruflicher Verzicht wäre ein sinnloses Gebilde. Er wäre eine Willenserklärung ohne Wirkung, indem nach einem Verzicht ein Rechtsmittel gleich eingelegt werden könnte, wie wenn nicht verzichtet worden wäre.

Einzig bei dem während der Frist erklärten Rechtsmittelrückzug könnte eine Widerrufsmöglichkeit vor Fristablauf ins Auge gefasst werden, wenigstens in den Kantonen, in welchen - wie im Kanton Zürich - das Gesetz sich dazu ausschweigt²¹². Für die Zulassung eines Widerrufs scheint das Argument zu sprechen, wonach die vom Gesetzgeber gewährte Deliberationsfrist zeige, dass dieser sich damit begnügt, dass die Rechtslage erst zum Zeitpunkt des Fristablaufs unabänderlich werde, dass vor dem Ende der Frist also eine verpönte Rechtsunsicherheit gar nicht eintreten könne, auch bei einem Widerruf der Rückzugserklärung nicht. Es gilt aber zu bedenken, dass durch den Rückzug die berechtigte Erwartung geweckt wird, der Erklärende wolle nun vom Rechtsmittel absehen, eine Erwartung, für die sonst während des Fristenlaufs kein Anlass besteht. Die beiden Rechtslagen decken sich nicht, und es muss auch in diesem Fall von der Unwiderruflichkeit der Erklärung ausgegangen werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Verzichts- und Rückzugserklärung nicht widerrufen werden können, weder vor noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Damit ist der Beschuldigte darauf angewiesen, die mit einem Willensfehler behaftete Erklärung *anzufechten*.

212 Befürwortend HOLZER 42 f.; vgl. dazu die Kritik bei JACKOWSKI 78 f.

§ 3 DER EINFLUSS VON WILLENSMÄNGELN AUF DIE VERZICHTS- UND RÜCKZUGSERKLÄRUNG IN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG

I. ÜBERBLICK ÜBER DEN STAND DER MEINUNGEN

1. Lehre und Rechtsprechung in Deutschland

Die herrschende Meinung in Deutschland geht dahin, dass Willensmängel bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug *grundsätzlich unbeachtlich* sind²¹³. Das gilt allgemein für den Erklärungs- und Motivirrtum sowie für die von Dritten verübte Täuschung und Drohung²¹⁴.

Eine *Ausnahme* besteht nur in den Fällen einer durch die Justizorgane verübten Täuschung und Drohung. Entgegen einer früheren Auffassung, wonach sich die Beachtlichkeit dieser beiden Willensmängelarten aus § 136a dStPO ergebe²¹⁵, wird sie heute aus der Verletzung der staatli-

213 Statt vieler: SCHMIDT, Nachträge I, § 302 dStPO N. 3; ders., Kolleg, Rn. 116 ff.; HENKEL 242; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 18; GOLLWITZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 302 dStPO N. 42.
RGSt 57, 83; BGHSt 5, 341.

214 In besonders krassen Fällen einer Drohung durch Dritte kann der Grundsatz durchbrochen werden; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 28; BGHSt 17, 14.

215 § 136 dStPO hat den Titel "Verbotene Vernehmungsmittel" und lautet:
(Abs. 1) "Die Freiheit der Willensentschliessung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Misshandlung, durch Ermüdung ...".
(Abs. 3) "... Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbotes zustandegekommen sind, dürfen auch dann nicht verwendet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt".
Die Lehre wollte dem Grundgedanken von § 136 dStPO auch in Bezug auf die Willenserklärungen (nicht nur für die Wissensserklärungen, wie das Gesetz es vorsieht) des Beschuldigten Geltung verschaffen, und die Vorschrift analog anwenden (eine ausführliche Darstellung der Pro- und Kontraargumente findet sich bei DENCKER 25 ff.).
Vgl. im übrigen die ähnliche Bestimmung von § 154 ZH-StPO.

chen Fürsorgepflicht und Pflicht zur Fairness abgeleitet²¹⁶.

Die Begründung der restriktiven Praxis erfolgt beinahe unisono mit der Feststellung, dass die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Willensmängel nicht zur Anwendung kämen, dass deshalb die Lösung im Sinn und Geist des Strafprozessrechts gefunden werden müsse, und dass hier das Vertrauen der Oeffentlichkeit in die Rechtskraft eines Strafurteils die Anfechtung der Erklärung wegen eines Willensmangels ausschliesse²¹⁷.

Für eine differenziertere Betrachtungsweise sprechen sich dagegen ROXIN²¹⁸ und insbesondere PETERS aus, der einen ganzen Katalog verschiedener Fälle von Willensmängeln behandelt²¹⁹. Ferner vertritt DENCKER²²⁰ die Auffassung, dass alle Willensfehler beachtlich sind, die zu einer Zweckverfehlung des Rechtsmittelsverzichts und des Rechtsmittelrückzuges (i.e. ihre Rechtsfriedensfunktion) führen.

Wir werden auf die verschiedenen Standpunkte zum Teil noch zurückkommen.

216 BGHSt 17, 14 (= JZ 1963, 226); SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 22 ff.

217 Siehe oben Anm. 213.

218 284 ff.

219 PETERS 230 ff.

220 DENCKER 57 ff., 77 f.
Vgl. im übrigen MÜLLER 50 ff., 94; SCHULZE 206 ff.; DAHRMANN 74 ff., 83 ff.; JOACHIM 179 ff.

2. Die Lehre in der Schweiz

Eine gründliche Untersuchung der sich bei Willensmängeln in Verzichts- und Rückzugserklärung ergebenden Probleme fehlt in der schweizerischen Lehre.

Soweit darauf, meist am Rande, eingegangen wird, wird praktisch immer auf die in Deutschland herrschende Meinung verwiesen und der *Irrtum* generell als unbeachtlich erklärt²²¹. Wenige unterscheiden zwischen dem durch die Gerichtsbehörden (pflichtwidrig) veranlassten und einem sonstigen Irrtum; der erstere sei beachtlich, der letztere nicht²²². Zur Begründung wird namentlich angeführt, die privatrechtlichen Regeln über Willensmängelfänden im Interesse der Rechtssicherheit im Prozess keine Anwendung, und es gälte die Erklärungstheorie²²³; die öffentliche Bedeutung des Strafprozesses erfordere zweifelsfreien Bestand und unbedingte Wirksamkeit dieser Prozesshandlungen²²⁴; Verzichts- und Rückzugserklärung seien im Interesse der Gültigkeit des geschaffenen Rechtszustandes und aus Gründen der Rechtssicherheit unanfechtbar²²⁵; die Pflichtvergessenheit des Irrenden müsse dem Interesse der Allgemeinheit, nämlich dem Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit des formell rechtskräftigen Ur-

221 STREIFF 295 Anm. 52; MEILI 126; HERY 118 f.; KÜHNIS 111; BÜRGI 59. Vgl. auch LITSCHGI 80 und 82 Anm. 1.

222 HAUSER 98; STICKELBERGER 112; ferner WAIBLINGER, Art. 227 BE-StPO N. 1, der die Frage nach der Beachtlichkeit eines gewöhnlichen Irrtums offenlässt.

223 STREIFF 295 Anm. 52.

224 MEILI 126; KÜHNIS 111.

225 HAUSER 98; STICKELBERGER 112.

teils geopfert werden²²⁶; das Bundesgericht wende die Grundsätze der Art. 23 ff. OR beim Strafantragsrückzug ebenfalls nicht an²²⁷.

Kritisiert wird dieser "rigoros formalistische Standpunkt" von NOLL²²⁸. Er befürwortet eine differenzierte Lösung, wonach im Einzelfall zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und den Interessen desjenigen, der einem Willensmangel erlegen ist, abgewogen werden solle.

Spärlicher sind die Aeusserungen in der Literatur in Bezug auf die *Täuschung* und *Drohung*. STREIFF²²⁹ lässt in beiden Fällen Unbeachtlichkeit des Willensmangels folgen mit einer einzigen Ausnahme beim "Handeln unter physischem Zwang (*vis absoluta*)". Demgegenüber vertritt NOLL²³⁰ den Standpunkt, "dass durch Zwang oder Drohung hervorgerufene Prozesshandlungen stets unbeachtlich", die Willensmängel m.a.W. also beachtlich seien. Auch HAUSER²³¹ steht bei Täuschung und Drohung, gehe sie von einer Privat- oder Amtsperson aus, für die Beachtlichkeit des Willensmangels ein, da hier "ein eindeutiger Verstoß gegen Treu und Glauben vorliege".

Die herrschende Meinung in der schweizerischen Lehre kann daher wie folgt zusammengefasst werden:

226 HERY 118 f.

227 MEILI 126 Anm. 105.

228 61.

229 295 Anm. 52.

230 61.

231 98.

Ein *Irrtum* beim Rechtsmittelverzicht und -rückzug ist grundsätzlich unbeachtlich; beachtlich ist er höchstens, wenn er durch ein pflichtwidriges Verhalten der Behörden hervorgerufen worden ist. Ein auf *Täuschung* beruhender Irrtum ist allenfalls dann beachtlich, wenn die Täuschung von einer Behörde ausgegangen war. Die auf *Drohung* beruhende Verzichts- und Rückzugserklärung ist allenfalls dann unbeachtlich, wenn jene von einer Behörde ausgegangen ist.

3. Die Praxis in der Schweiz

Es wird hauptsächlich die zürcherische Praxis dargestellt. Entscheide anderer Kantone werden nur am Rande erwähnt, und ein Urteil des Bundesgerichtes ist auf diesem Gebiet nie ergangen²³². Alle Entscheide behandeln ferner nur den Irrtum.

Ohne Begründung hielt das *zürcherische* Obergericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1935 fest, dass der Berufungsrückzug zwar unwiderruflich sei, dass er aber wegen Willensmängel angefochten werden könne. Es verneinte jedoch in casu das Vorliegen eines Willensmangels, und das darauf angerufene Kassationsgericht pflichtete den Ueberlegungen bei²³³.

Zwanzig Jahre später und ohne Hinweis auf diesen Entscheid vertrat das Obergericht als Kassationsinstanz²³⁴

232 Hingegen besteht eine relativ ausgedehnte Praxis zum Irrtum bei Verzicht und Rückzug des Strafantrages; BGE 68 IV 69; 79 IV 100; 86 IV 148; 89 IV 58.

233 ZR 35 Nr. 7.

234 SJZ 52, 314.

den gegenteiligen Standpunkt mit der Begründung, dass der Rückzug des Begehrens um gerichtliche Beurteilung, das wie der Strafantrag Prozessvoraussetzung sei, als solches mit dem materiellen Recht nichts zu tun habe. Deshalb fänden die für Rechtsgeschäfte geltenden Normen keine Anwendung. Lehre und Rechtsprechung würden zudem die Anfechtbarkeit der Verzichts- und Rückzugserklärung beim Strafantrag verneinen, was auch für den Rückzug des Begehrens um gerichtliche Beurteilung gelten müsse.

In zwei weiteren Entscheiden wurde diese Rechtsprechung bestätigt²³⁵.

In einem neueren Entscheid setzte sich das Kassationsgericht mit der bisherigen Rechtsprechung auseinander und verwarf die nach der bisherigen Praxis bejahte Möglichkeit eines Analogieschlusses von der Praxis beim Strafantrag auf diejenige bei den Rechtsmitteln²³⁶. Ob eine analoge Anwendung der Art. 23 ff. OR zulässig sei, wie das noch vom ersten der zitierten Entscheide befürwortet wurde, liess es allerdings offen. Denn in casu sei der Irrtum so oder so kein wesentlicher gewesen, da er nur die voraussichtliche Würdigung eines schon bekannten Beweismittels betroffen habe.

Der neueste Entscheid zu diesem Problemkreis stammt aus dem Jahre 1978. Hier hatte sich das zürcherische Obergericht mit der Frage zu befassen, ob der Motivirrtum, in den ein Verurteilter durch eine objektiv unrichtige Auskunft des Gerichtssekretärs versetzt worden war, und der für seinen Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl

235 ZR 57 Nr. 131; 60 Nr. 46.

236 SJZ 58, 22. Vgl. unten 88 f.

kausal war, ein beachtlicher sei. Es bejahte dies aus Gründen der Billigkeit und des Vertrauensschutzes²³⁷.

Zum Vergleich soll der zürcherischen die Praxis des Kantons *Basel-Stadt* kurz gegenübergestellt werden. Laut Gesetz ist in diesem Kanton der Appellationsverzicht unwiderruflich und der Rückzug hat den Eintritt der Rechtskraft zur Folge²³⁸. In ständiger Rechtsprechung bejahen die Gerichte aber die Anfechtbarkeit der Verzichts- und Rückzugserklärung wegen Irrtums²³⁹. Zudem, so heisst es, dürfe es mit dessen Nachweis nicht allzu streng genommen werden, da der Appellationsverzicht - das gleiche muss auch für den Rückzug gelten - ein wichtiges Verteidigungsrecht betreffe. Auch könne nichts darauf ankommen, ob der Irrtum fahrlässig sei oder nicht. Eine eingehende Begründung dieser Praxis findet sich aber in keinem Entscheid.

II. KRITIK

Die für und gegen die Beachtlichkeit eines Willensmangels zum Teil einzeln und zum Teil in gemischter Form vorgebrachten Argumente von Lehre und Rechtsprechung sollen jedes für sich und der Reihe nach auf ihr Gewicht geprüft werden.

237 ZR 76 Nr. 111.

238 § 244 und 245 Abs. 1 BS-StPO.

239 SJZ 40, 111 f.; BJM 1965, 261; 1976, 253.

1. Der Schluss von der Unwiderruflichkeit auf die Unanfechtbarkeit

Aus den Ausführungen zum Teil namhafter Autoren lässt sich der Standpunkt herauslesen, wonach die Willenserklärungen, die unwiderruflich sind, eo ipso auch unanfechtbar sein müssten. So hält HAUSER²⁴⁰ fest: "Ist hingegen ein Widerruf ausgeschlossen ..., so ist im Interesse der Gültigkeit des geschaffenen Rechtszustandes der vom Erklärenden zu vertretende Irrtum unbeachtlich". Und SCHMIDT²⁴¹ führt aus: "Wenn in solchen Fällen der Unwiderruflichkeit sich der Wille des Erklärenden mit der Erklärung nicht deckt [ein Erklärungsirrtum also], so ist der Erklärende an seine Erklärung gebunden ...". Es scheint m.a.W. geschlossen zu werden, dass die unwiderruflichen Willenserklärungen vermöge ihrer Unwiderruflichkeit auch unanfechtbar seien. Dem kann nicht gefolgt werden.

Zum einen geht es um die klare begriffliche Trennung. Sie ist für die Diskussion unerlässlich, auch wenn noch nicht genau feststeht, ob und wie weit eine Anfechtung im Strafprozessrecht überhaupt zugelassen werden kann. Wie bereits betont, ist der Widerruf voraussetzungslos möglich, die Anfechtung aber nicht.

Zum andern wird zwar durchaus zugestanden, dass durch die Zulassung des Widerrufs wie auch der Anfechtung dieselben Werte, nämlich Rechts- und Prozesssicherheit, beeinflusst werden, aber - und das ist entscheidend - nicht in gleichem Mass. Es ist leicht ersicht-

240 HAUSER 98; vgl. auch STICKELBERGER 112.

241 SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 208; ders., Kolleg, Rn. 117 ff.; HENKEL 242.

lich, dass die Rechtssicherheit durch die Widerruflichkeit in weit höherem Mass gefährdet wird als durch die blossе Anfechtbarkeit. Wenn letztere also verneint werden soll, kann es nicht genügen, dass die Unwiderruflichkeit bejaht wird; es bedarf eines zusätzlichen Argumentes. Auch käme, ein durchaus zulässiger Vergleich mit dem Privatrecht, wohl niemand auf den Gedanken, aus der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (Unwiderruflichkeit hier als Beständigkeit gegenüber dem Vertragspartner) heraus die Unanfechtbarkeit der Erklärung behaupten zu wollen. Hier wie dort handelt es sich um zwei verschiedene Dinge, und der Schluss vom einen auf das andere muss fehlgehen.

2. Der Schluss von der Nichtanwendbarkeit der privatrechtlichen Willensmängelnormen auf die Unanfechtbarkeit

Die in der Praxis zum Teil offen oder zwischen den Zeilen vertretene Ansicht, aus der Nichtanwendbarkeit der privatrechtlichen Bestimmungen betreffend Willensmängel ergäbe sich die Unanfechtbarkeit einer Willenserklärung im Strafprozessrecht²⁴², kann ebensowenig aufrechterhalten werden²⁴³. Selbstverständlich finden die privatrechtlichen Normen im Strafprozessrecht keine (direkte) Anwendung. Aber auch wenn man eine analoge Anwendung verneint, heisst das noch nicht, dass Willenserklärungen im Strafprozessrecht überhaupt nicht anfechtbar,

242 ZR 60 Nr. 46; SJZ 52, 314.

Vgl. auch die Argumentation des Bundesgerichtes zum gleichen Problemkreis beim Strafantrag in BGE 79 IV 101 f.

243 Vgl. auch die Kritik bei DENCKER 18 f.

sondern nur, dass sie es eben nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen sind. Ob sie aber anfechtbar sind oder nicht, kann nur aus Sinn und Zweck des Strafprozessrechts selber beurteilt werden.

3. Der Schluss von der Praxis bei Strafantragsverzicht und -rückzug auf diejenige bei den Rechtsmitteln

Zur Begründung der Unbeachtlichkeit der Willensmängel, insbesondere des Irrtums, bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug wird verschiedentlich auf eine gleiche Praxis beim Strafantrag verwiesen²⁴⁴. Ob letztere richtig sei oder nicht, kann hier offenbleiben²⁴⁵. Es genügt, festzustellen, dass dort die Prozesslage eine andere ist als hier, und dass sich daher die Ueberlegungen nicht vom einen auf das andere Rechtsgebiet übertragen lassen. Denn, so das zürcherische Kassationsgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1961²⁴⁶, "es trifft nicht zu, wenn ... erwogen wird, es sei kein Grund ersichtlich, die Anfechtung des Berufungsrückzuges anders zu behandeln als die Anfechtung des Rückzuges eines Strafantrages; das Gesetz verlangt nicht, dass jeder Strafkläger Gehör finde (BGE 79 IV 101), wohl aber verlangt es, dass ein Angeklagter nicht zu Unrecht bestraft werde". Auch der Schluss von der Praxis beim Strafantrag auf diejenige bei den Rechtsmitteln erweist sich damit als offensichtlich unzulässig.

244 SJZ 52, 314; ZR 57 Nr. 131; 60 Nr. 46.

245 BGE 68 IV 69; 79 IV 100; 86 IV 148; 89 IV 58.
 ZR 15 Nr. 68; 45 Nr. 64; 46 Nr. 130; 50 Nr. 228; 53 Nr. 129.
 SJZ 53, 78; 58, 308.
 Kritisch WAIBLINGER, in ZBJV 92, 215; CLERC, SJK 954 N. 35.
 Ferner HAUSER, in ZStrR 81, 431 ff.; REHBERG, in ZStrR 85, 280 ff.

246 SJZ 58, 23.

4. Der Schluss vom sofortigen Eintritt der Rechtskraft auf die Unanfechtbarkeit

Hin und wieder wird in Lehre und Rechtsprechung die Unanfechtbarkeit der Verzichts- und Rückzugserklärung damit begründet, dass der Anfechtung die durch jene nun anzufechtende Erklärung bewirkte Rechtskraft entgegenstehe²⁴⁷. Dieses Argument ist in verschiedener Hinsicht nicht schlüssig. Einmal entstammt es der längst überwundenen Begriffsjurisprudenz. Es versteht sich, dass die Lösung der Willensmängelproblematik nicht aus Begriffen (wie z.B. demjenigen der Rechtskraft) oder aus dem System hergeleitet werden kann. Besonders im undogmatischen Strafprozessrecht muss die Diskussion mit "vorsystematischen" Argumenten geführt werden. Zudem könnte durchaus auch der Standpunkt vertreten werden, dass nur die mängelfreien Verzichts- und Rückzugserklärungen den Entscheid in Rechtskraft erwachsen lassen, dass m.a.W. der Eintritt der Rechtskraft nach einem irrtümlich erklärten Verzicht nur ein scheinbarer ist²⁴⁸. Und schliesslich kennt das Strafprozessrecht in der Wiederherstellung bereits einen Rechtsbehelf, der in ähnlichen Fällen die Rückführung des Verfahrens in die vorherige Rechtslage erlaubt, und zwar auch dann, wenn ein Entscheid bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Dem steht hier die Rechtskraft gemäss herrschender Meinung mitnichten entgegen²⁴⁹.

247 ZR 60 Nr. 46; LITSCHGI 82 bei Anm. 1.

248 So SJZ 58, 23 Erw. 3.

249 Oben 49.

5. Die "Gefährdung der Rechtssicherheit"

Das zweifellos wichtigste Argument gegen die Zulassung der Anfechtung eines mit Willensmängeln behafteten Verzichts oder Rückzugs liegt in der damit verbundenen Beeinträchtigung der Rechts- oder auch Prozesssicherheit. Auf diese wird, und sicher zu Recht, von Lehre und Rechtsprechung immer wieder hingewiesen. In praktisch allen Fällen bleibt es aber bei der kategorischen Feststellung, dass eben die Rechts- bzw. die Prozesssicherheit oder auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Bestand der Erklärung deren Unanfechtbarkeit verlange²⁵⁰. Gar nicht oder wenig wird dabei auf die gegensätzlichen Interessen des Beschuldigten sowie auf die gegensätzliche Forderung nach materieller Richtigkeit und Gerechtigkeit eingegangen, weshalb die einander widerstrebenden Interessen auch nicht wirklich gegeneinander abgewogen werden. Die Rechtssicherheit wird daher stark überbewertet.

Es stellt sich aber die Frage, wessen Interessen denn bei der Zulassung der Anfechtung im einzelnen gefährdet sind. Sind es diejenigen des Geschädigten, des Anklägers oder der Rechtspflege? Und wie schwer wiegt diese Gefährdung, und wiegt sie bei jeder der als möglich erkannten Lösungen gleich? Diese Fragen werden von Lehre und Rechtsprechung offengelassen. Ihre Beantwortung lässt sich aber nicht umgehen, sofern eine Lösung gefunden und die Lücke im Gesetz gefüllt werden soll.

250 Statt vieler: SCHMIDT, Kolleg, Rn. 119; HENKEL 242 bei Anm. 19; etwas eingehender SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 18 ff., insbes. 19. Vgl. ferner HAUSER 98, hinsichtlich des Irrtums; KÜHNIS 111.

6. Die Wichtigkeit des Verteidigungsrechtes und die Billigkeitsgründe

Die Beachtlichkeit des Irrtums wird nach der baselstädtischen Praxis mit der *Wichtigkeit des Verteidigungsrechtes* begründet²⁵¹. Darin, dass das Recht auf Appellation eines der wichtigsten Verteidigungsrechte des Beschuldigten darstellt, ist dieser Rechtsprechung sicher zuzustimmen. Allerdings hebt auch sie damit nur einen von mehreren Lösungsgesichtspunkten hervor und verschliesst sich so einer sorgfältigen Interessenabwägung.

Im jüngsten zürcherischen Entscheid²⁵² wird die Zulassung der Anfechtung einer fehlerhaften Rückzugserklärung aus Gründen der *Billigkeit* bejaht. Der Entscheid ist im Ergebnis wohl richtig. Der Geltungsbereich der Lösung bleibt aber, da sie auf die Billigkeit verweist, notwendigerweise auf den Einzelfall beschränkt²⁵³.

251 Oben Anm. 239.

Streng genommen wird in den zitierten Entscheiden mit der Wichtigkeit des Verteidigungsrechtes nur die Meinung begründet, dass es mit dem Nachweis des Irrtums nicht zu streng genommen werden dürfe. Das Argument muss allerdings auch für die in den Entscheiden vertretene Beachtlichkeit des Irrtums gelten.

252 ZR 76 Nr. 111.

253 Oben 56.

§ 4 VORBEREITUNG DER LÖSUNG

I. DIE BESONDERE RECHTSLAGE IM RECHTSMITTELVERFAHREN
UND DER GELTUNGSBEREICH DER LÖSUNG1. Die Rechtslage

Im erstinstanzlichen Verfahren ist der Beschuldigte oft mehr Objekt als Subjekt. Officialprinzip und Instruktionsmaxime beschränken seinen Einfluss auf die Verfahrensgestaltung erheblich. Im Rechtsmittelverfahren ändert sich diese Situation grundlegend. Hier ist es der Beschuldigte, der als Rechtsmittelkläger das Verfahren eröffnet, der es jederzeit wieder beenden und auch das Prozessthema in weitem Umfang bestimmen kann. Er hat zudem die Möglichkeit, den erstinstanzlichen Entscheid durch Abgabe einer Rechtsmittelverzichtserklärung sofort rechtskräftig werden zu lassen²⁵⁴. Der typische, in starren Bahnen sich bewegende Strafprozess macht in diesem Stadium einem *freiheitlicheren, dem Zivilprozess angenäherten Verfahren* Platz, in welchem das Officialprinzip zugunsten der Dispositionsmaxime und die Instruktions- zugunsten der Verhandlungsmaxime zurücktreten, und wo der Grundsatz der materiellen Wahrheit durch das Verbot der reformatio in peius durchbrochen ist. Der Beschuldigte schwingt sich somit hier zum eigentlichen Herrn des Verfahrens auf²⁵⁵.

Diese Rechtslage ist für den Strafprozess *atypisch*. Sie hat zur Folge, dass der Beschuldigte einen sehr di-

254 Das ist natürlich nur möglich, wenn auch die andern Prozessbeteiligten kein Rechtsmittel ergreifen.

255 WAIBLINGER, in Festgabe Pfenninger 173.

rekten und starken Einfluss auf die materielle Richtigkeit des Urteils erlangt. Nicht nur ist es seinem Willen überlassen, sondern es hängt meist auch einzig von ihm ab, ob er gegen das ihn verurteilende Urteil ein Rechtsmittel ergreife, worauf der (potentielle) Fehlentscheid korrigiert werden kann, oder ob er auf das Rechtsmittel verzichte, bzw. es zurückziehe, womit die (potentielle) Ungerechtigkeit in der Welt belassen wird. Denn es wäre eine Illusion, zu glauben, dass der öffentliche Ankläger in jedem Fall die Pflicht oder auch nur die Möglichkeit hätte, den ihm unrichtig erscheinenden Entscheid an die höhere Instanz zu tragen²⁵⁶.

Allerdings sind zwei Einschränkungen zu machen: Zum einen steht dem Verurteilten in keinem Fall, auch bei einem erstinstanzlichen Fehlentscheid nicht, ein Rechtsanspruch auf die Berichtigung des Urteils zu, und zum andern kann de facto nur dort von einem "grossen Einfluss" gesprochen werden, wo die Rechtsmittelinstanz den Entscheid auch tatsächlich ändert; das aber steht erst im Nachhinein fest. *Virtuell* tritt die skizzierte Prozesslage aber nach jedem Erlass eines anfechtbaren Entscheides ein.

Bedeutsam ist auch der Umstand, dass der Einfluss des Beschuldigten auf ein Strafurteil geht, also letztlich auf einen, wiederum wenigstens virtuell weitreichenden Eingriff in seine persönliche Freiheit. Es steht nicht - wie vielfach im Zivilprozess - "bloss" ein Vermögenswert auf dem Spiel, sondern ein Wert, der ob seiner Bedeutung der Verfügungsfreiheit des einzelnen entzogen ist.

256 Vgl. WAIBLINGER, in Festgabe Pfenninger 174.

2. Der sachliche Geltungsbereich der Lösung

Die soeben geschilderte Rechtslage konstatiert sich nicht bei jeder Rechtsmitteleinlegung gleich, was von der Literatur zu Unrecht meist unberücksichtigt bleibt²⁵⁷. Sie tritt zunächst einmal ein in den Fällen, in denen der Verurteilte ein Rechtsmittel gegen den Schuldpunkt und die Strafzumessung ergreift, was vor allem mittels der Berufung bzw. Appellation oder der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde geschehen kann²⁵⁸.

Nicht grundsätzlich abweichend ist sie auch, wenn der Beschuldigte einen ihn ähnlich wie der Strafpunkt beschwerenden Vor- oder Zwischenentscheid anfechtet, z.B. die Haft- oder Hafterstreckungsverfügung, und ebenso, wenn er einen die materielle Richtigkeit des Urteils im Strafpunkt bloss gefährdenden Formfehler rügt. Die Lösung der Willensmängelproblematik wird in diesen Fällen gleich aussehen.

Anders liegen die Dinge, wenn das Rechtsmittel bloss gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen gerichtet ist²⁵⁹. Hier ist die Beschwer des Beschuldigten in der Regel kleiner und deshalb das Interesse an einem in diesem Punkt sachlich richtigen Entscheid weniger gross. Trotz des Un-

257 Vgl. z.B. DAHRMANN 53.

258 Auch beim Begehren um gerichtliche Beurteilung einer Strafverfügung der Verwaltungsbehörde, bei der Einsprache gegen den Strafbefehl und beim Begehren des in Abwesenheit Verurteilten um Durchführung des ordentlichen Verfahrens kann die gleiche Situation eintreten. Vgl. auch oben 62 f.

259 Vgl. § 44 sowie § 402 Ziff. 8 ZH-StPO.

terschiedes rechtfertigt es sich m.E. nicht, für diese Fälle eine spezielle Regelung zu schaffen.

Sofern der Beschuldigte aber bloss das Urteil im Zivilpunkt anfecht, ergibt sich eine völlig verschiedene Rechtslage. Hier liegt ein eigentliches Zivilverfahren vor, das mit dem Strafprozess nur gerade den Namen gemeinsam hat²⁶⁰. In diesen Fällen, die in der Praxis selten sind, muss die für Willensmängel im Zivilprozess geltende Lösung²⁶¹ zur Anwendung kommen.

II. DIE ÜBERBEWERTUNG DER RECHTSSICHERHEIT

1. Die Rechtssicherheit als "Sicherung des Rechtes gegen Abänderung"

Nach RADBRUCH²⁶² kann man die Rechtssicherheit in dreifachem Sinn verstehen: Als "Sicherheit durch das Recht", das heisst die durch das Recht gewährte Sicherheit der Rechtsgüter; als "Sicherheit des Rechts", das ist die Erkennbarkeit des Rechts; und als "Sicherung des Rechts gegen Abänderung", was die Beständigkeit des objektiven wie subjektiven Rechts bedeutet. Nur um diesen letzteren Aspekt geht es im vorliegenden Abschnitt²⁶³.

Die so verstandene Rechtssicherheit heisst in unserem Fall konkret die Sicherheit, dass die durch die Verzichts- oder Rückzugserklärung des Beschuldigten geschaf-

260 Vgl. BRUNNER 104 f.

261 Dazu STUDER; ferner unten 105 f.

262 96 f.

263 Vgl. zum Ganzen DENCKER 47 ff.

fene Rechtslage, die Rechtskraft des Urteils, nicht wieder umgestürzt werde, ihre Beständigkeit also und als Voraussetzung dazu die *Beständigkeit der Willenserklärung selber*. Ihre Funktion ist die Beendigung des unsicheren, weil im Fluss befindlichen Prozesszustandes einerseits (ut finis sit litium), andererseits die Schaffung einer sicheren Basis für nachfolgende Handlungen und der Schutz des Vertrauens in den Bestand dieser Basis. Allerdings fragt es sich hier, von wem solche Handlungen ausgehen könnten, und wer in seinem Vertrauen geschützt werden soll²⁶⁴.

Auf der einen Seite ist die *Strafvollzugsbehörde* zu nennen; ihr obliegt nach Eintritt der Rechtskraft die Vollstreckung des Urteils. Für sie hat eine gewisse Dauer beschränkter Rechtsunsicherheit - wie sie aus der Zulassung der Anfechtungsmöglichkeit entsteht - jedoch keine gravierenden Nachteile. In der Praxis verstreicht ohnehin meist geraume Zeit, bis ein in Freiheit befindlicher Verurteilter seine Strafe antreten kann, seine Busse bezahlt oder der in Sicherheitshaft Verbliebene in den Strafvollzug übertritt. Die einzige Schwierigkeit ergibt sich hier, wenn der Verurteilte seine Strafe nach erklärtem Verzicht oder Rückzug sofort antritt. Dieser Fall ist aber eher theoretisch; er hat zudem die Praxis nicht davon abgehalten, die Restitution auch gegen rechtskräftige Urteile zu gewähren²⁶⁵. Auf die sofortige Unabänderlichkeit der Rechtslage ist die Vollzugsbehörde also

264 Das Vertrauen des Verurteilten selber wird hier natürlich nicht behandelt.

265 Oben 49.

nicht sonderlich angewiesen. (SARSTEDT: "Die Strafanstalt kann es abwarten, bis der Verurteilte erscheint; ist er in Untersuchungshaft, so ist in erster Linie er selbst der Leidtragende"²⁶⁶).

Ein erhebliches Bedürfnis nach Unabänderlichkeit besteht auch nicht auf Seiten des *Anklägers*. Er kann nicht mit der Zivilpartei verglichen werden, die in ihren Dispositionen geschützt werden muss, welche sie allenfalls im Vertrauen auf die Beständigkeit des Urteils vorgenommen hat²⁶⁷. Sein Verhalten wird von den ihm im öffentlichen Recht vorgezeichneten Aufgaben bestimmt und ist von den prozessualen Willenserklärungen des Beschuldigten weitgehend unabhängig. Sollte er aber eventuell einmal im Hinblick auf einen Rechtsmittelverzicht des Verurteilten seinerseits kein Rechtsmittel eingelegt haben und sich nun in seinem Vertrauen getäuscht sehen, so kann sein Willensfehler ohne Schwierigkeiten mit denselben Mitteln korrigiert werden, wie der des Verurteilten²⁶⁸.

Von einem erheblichen Interesse des *Geschädigten*, sei er gewöhnliches Prozesssubjekt neben dem Ankläger oder prinzipaler bzw. subsidiärer Privatstrafkläger, kann ebensowenig gesprochen werden. Auch er ist kein

266 Unten Anm. 269.

267 DENCKER 47; STUDER 81 und 74.

268 Im übrigen steht ihm stets die Möglichkeit einer Anschlussberufung offen; auch kann er, wiederum wenigstens bei der Berufung, ungleich länger als der Verurteilte mit dem Entscheid zuwarten, ob er das Rechtsmittel ergreife oder nicht (vgl. § 425 Abs. 3 und 412 Abs. 3 ZH-StPO).

Gegenspieler des Verurteilten, "der, wie der Gegner in einem bürgerlichen Rechtsstreit, mit Schmerzen auf die Vollstreckbarkeit des endlich erstrittenen Urteils wartet"²⁶⁹. Seine Funktion ist allenfalls die eines Wächters über die Geordnetheit des Verfahrens²⁷⁰; im Privatstrafklageverfahren ist sie derjenigen des öffentlichen Anklägers angenähert. Und sofern auch er einmal im Vertrauen auf den Rechtsmittelverzicht des Verurteilten von der eigenen Rechtsmitteleinlegung absah, kann ihm ohne weiteres geholfen werden, wenn jener seine Willenserklärung anfechtet. Es stehen ihm in diesem Fall die Anschlussberufung sowie auch die seinerseitige Anfechtungsmöglichkeit offen²⁷¹.

Nachdem wir auf die Interessen der direkt Betroffenen eingegangen sind, fragt sich zum Schluss, wie es sich mit dem vielzitierten "*Interesse der Öffentlichkeit*" verhält. Dabei geht es aber nicht, wie vielfach angenommen, so sehr um die Rechtssicherheit als solche, da sich die Allgemeinheit keineswegs im einzelnen um die Beständigkeit eines Urteils kümmert. Es ist die Wirksamkeit der Strafrechtspflege an sich, an der sie allein interessiert ist, d.h. die rasche, definitive und gerechte Befriedung der durch eine Straftat gestörten Rechtsordnung. Das erstrebte Ziel ist also der Rechtsfriede, und nur soweit dieser gefährdet ist, verlangt

269 SARSTEDT in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., 22. A., Berlin/New York 1971, § 136 a dStPO Anm. 9.

270 Vgl. PFENNINGER 94 ff.; ferner BRUNNER 6.

271 Damit verliert das von SCHÄFER (in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., Kap. 10 Rn. 19) angeführte Gegenargument an Gewicht.

das Interesse der Oeffentlichkeit Abhilfe. Nicht jede Rechtsunsicherheit führt aber zu dessen Beeinträchtigung. Deshalb ist abzuklären, ob die Zulassung der Anfechtungsmöglichkeit, welche zugegebenermassen zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führt, in jedem Fall auch den Rechtsfrieden und damit das Interesse der Oeffentlichkeit gefährde, oder ob sie durch dieses in einem gewissen Umfang nicht gegenteils sogar geboten sei.

2. Rechtsfriede und Rechtssicherheit

Rechtsfriede heisst der Zustand, "bei dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie sich über den Verdacht einer Straftat beruhige"²⁷². Er kann als Ziel des Strafprozesses schlechthin verstanden werden und ist von der Beachtung zweier Werte abhängig: Die Rechtssicherheit, die verlangt, dass ein Urteil definitiv, und die Gerechtigkeit, die will, dass es gerecht sei. Das Verhältnis zwischen den beiden Werten ist das einer (unechten) Antinomie, indem dieser verbietet, was jener verlangt, nämlich das Festhalten auch am unrichtigen Urteil. Die Verfolgung des einen Wertes ist in der Praxis nur auf Kosten des andern möglich. Das macht ein sorgfältiges Abwägen im Einzelfall notwendig, wobei der Rechtsfriede als übergeordneter Wert über das Mass der Berücksichtigung des jeweiligen Wertes bestimmt. Jede einseitige Wertbetonung führt an diesem Ziel vorbei. Wer nur die Idee der Gerechtigkeit im Auge hat, wird nie einen Schlussstrich unter das Verfahren zu ziehen wagen, da stets noch ein Rest Zweifel

272 Hier und im folgenden: SCHMIDHAUSER 511 ff.; ferner DENCKER 37 ff.

an der materiellen Richtigkeit des Entscheides bestehen bleiben wird. Dieses Zaudern verhindert den Eintritt des Rechtsfriedens. Wer anderseits einseitig der Idee der Rechtssicherheit nachlebt, wird die Suche nach einem gerechten Urteil zu rasch aufgeben und den status quo vor-schnell zementieren. Die so erreichte "Unrechtssicherheit"²⁷³ verunmöglicht die Befriedung ebenso.

Das Strafprozessrecht hat die Aufgabe, den Weg zu einem *gerechten* Urteil zu garantieren. Soweit es dabei in das Spannungsfeld zwischen den beiden Werten gerät, muss es diesen Anspruch zwar verletzen. Das wiederum darf nur geschehen, wenn es aus Gründen der Rechtssicherheit absolut notwendig und vom Ziel des Rechtsfriedens her geboten erscheint. Ob dem in unserem Fall so ist, muss nun untersucht werden.

3. Die Interessenabwägung

Auf der einen Seite haben wir gesehen, dass das Rechtsmittelverfahren wenigstens virtuell geeignet ist, einen höheren Grad von Gerechtigkeit herbeizuführen; dass der Gesetzgeber dem Beschuldigten deshalb die Möglichkeit gegeben hat, seinem Willen gemäss ein Rechtsmittel zu ergreifen; und dass die Forderung nach Gerechtigkeit im Hinblick auf die weitreichenden Folgen einer strafrechtlichen Sanktion ein zusätzliches Gewicht erhält. Diese Argumente sprechen für die Beachtlichkeit der Willensmängel bei Verzichts- und Rückzugserklärung. Auf der andern Seite wurde gezeigt, dass die Interessen

273 STOCK 451 Anm. 1.

der direkt Betroffenen, d.h. des Anklägers, des Geschädigten und der Vollzugsbehörde, durch eine gewisse Dauer beschränkter Rechtsunsicherheit jedenfalls nicht gravierend beeinträchtigt werden, und dass das Interesse der Öffentlichkeit nicht auf Rechtssicherheit, sondern auf den übergeordneten Rechtsfrieden geht. Es sind also keine Argumente ersichtlich, die von vornherein für eine Höherbewertung der Rechtssicherheit sprechen. Damit führt die Interessenabwägung grundsätzlich zur *Forderung, die Anfechtung der mit Willensmängeln behafteten Verzichts- und Rückzugserklärung vermehrt zuzulassen.*

Nun sind es aber zwei verschiedene Dinge, ob der Beschuldigte seine Erklärung z.B. noch innert der Rechtsmittelfrist anfechtet, oder ob er das erst nach Jahr und Tag tut. Im letzteren Fall ist die Rechtssicherheit ungleich mehr gefährdet. Von Einfluss ist auch die "Schwere" des Willensmangels selber; die Nichtberücksichtigung einer vom Ankläger ausgegangenen Drohung verletzt das Gebot der Gerechtigkeit mehr als die Nichtberücksichtigung eines gewöhnlichen Irrtums des Verurteilten über die Erfolgsaussichten seines Rechtsmittels. Es gilt daher im Grundsatz, dass die Forderung nach materieller Richtigkeit des Urteils immer schwächer und diejenige nach Rechtssicherheit stärker wird, je mehr Zeit seit Erlass des Entscheides verstreicht und je leichter der Willensmangel selber wiegt. Das gilt es zu beachten.

Im übrigen kann am obgenannten Resultat festgehalten werden. Nicht nur liegt eine weitergehende Berücksichtigung der Willensmängel im Sinn des Rechtsmittelinstituts selber, mit dem der Gesetzgeber im Wissen um die Möglichkeit von Fehlurteilen den Beteiligten einen

korrigierenden Einfluss auf den Entscheid verschaffen wollte, sondern sie dient auch dem Rechtsfrieden. Zudem befindet sie sich im Einklang mit Lösungen, die sich bei ähnlichen Interessenabwägungen in andern Teilbereichen des Strafprozessrechts ergeben haben. So bejaht denn die herrschende Meinung die Möglichkeit, Wiederherstellung einer versäumten Rechtsmittelfrist auch dann zu gewähren, wenn der Entscheid bereits in Rechtskraft erwachsen ist²⁷⁴. Die so bewirkte Rechtsunsicherheit wird in Kauf genommen, damit die materielle Richtigkeit des Urteils vergrößert werden kann. Und derselbe Gedanke liegt der Revision zugrunde, welche ebenso "die starren Grenzen der Rechtskraft im Interesse der materiellen Gerechtigkeit zu durchbrechen" erlaubt²⁷⁵.

III. VERSUCHE ZUR SCHAFFUNG EINES LÖSUNGSMUSTERS

Wir haben das vorangegangene Kapitel mit der Forderung nach vermehrter Berücksichtigung der Willensmängel geschlossen, dabei aber die Frage offengelassen, wo die Berücksichtigung ihre Grenze hat. Dieses vage Ergebnis kann deshalb im konkreten Fall noch keine Entscheidungshilfe anbieten. Die grosse Schwierigkeit liegt nun darin, herauszufinden, ob bestimmte Fallgruppen gebildet werden können, und nach welchen Kriterien das zu geschehen hat. Anders ist keine praktikable Lösung möglich.

274 Oben 49.

275 HAUSER 264.

SCHMIDHAUSER: "Gerade das Widerspiel von Rechtskraft des Urteils und Wiederaufnahme des Verfahrens ist deutlicher Ausdruck des Strebens nach Rechtsfrieden über Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als Einzelwerte hinaus" (S.524).

Es liegt nahe, zuerst die Regelung des materiellen und formellen Zivilrechts darauf zu prüfen, ob sie übernommen werden können, wobei betont werden muss, dass wir uns hier nicht so sehr um die Gründe kümmern werden, die dort für oder gegen die Beachtlichkeit eines Willensmangels sprechen, als darum, nach welchen Kriterien die Einteilung in jenen Gebieten erfolgt. Sodann werden wir auf zwei in der deutschen Literatur vorgeschlagene Lösungswege eingehen.

1. Analoge Anwendung der Art. 23 ff. OR?

Das schweizerische Obligationenrecht unterteilt die Willensmängel bekanntlich in drei Arten²⁷⁶: Irrtum, Täuschung und Drohung. Unter dem Oberbegriff Irrtum werden der Motiv- und der Erklärungsirrtum zusammengefasst, wobei vier Formen des letzteren vom Gesetz namentlich erwähnt sind, nämlich der "error in negotio, in corpore vel persona, in quantitate" (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 - 3 OR). Wesentlich, d.h. zur Anfechtung berechtigend sind jeder Erklärungsirrtum, der Grundlagen- als qualifizierter Motivirrtum, die Täuschung und die Drohung; unwesentlich ist einzig der gewöhnliche Motivirrtum. Bemerkenswert ist schliesslich der Umstand, dass nur die absichtliche Täuschung als "Täuschung" gilt; eine unabsichtliche, nicht bewusste Täuschung ist nach den Regeln des gewöhnlichen Irrtums zu behandeln.

Diese Einteilung ist Ausdruck der besonderen Wesensart des Privatrechts, in welchem Erklärender und Adressat gleichgestellt und gleichberechtigt sind, und wo es beiden in weitem Umfang freisteht, ihre *persönlichen* Inter-

276 Zum Ganzen siehe oben 34 ff.

essen zu verfolgen. Das ist im Strafprozess grundsätzlich anders. Weder stehen hier Richter und Ankläger als Adressaten der Erklärungen mit dem Beschuldigten auf gleicher Stufe, noch sind sie berechtigt, persönliche Interessen zu verfolgen. Beide sind im Gegenteil und als Ausdruck ihrer Fürsorgepflicht^{276a} gehalten, erkannte Willensmängel, Missverständnisse und Unklarheiten aus dem Weg zu räumen, und das Vertrauen des Beschuldigten in ihre eigenen Erklärungen verdient weit höheren Schutz als umgekehrt. Die privatrechtliche Einteilung ist deshalb für das Strafprozessrecht völlig unbrauchbar²⁷⁷. Hier ist es wesentlich, von wem z.B. eine Täuschung oder Drohung ausgegangen ist, ob vom Richter oder einem unbeteiligten Dritten. Ebenso kann eine unabsichtliche "Täuschung" jedenfalls dann nicht als gewöhnlicher Irrtum behandelt werden, wenn der Beschuldigte vom Richter oder vom Ankläger in diesen versetzt worden ist. Untauglich ist auch die den Rechtsgeschäften des Privatrechts entspringende Einteilung der verschiedenen Erklärungsirrtümer. Und schliesslich sind die zu langen Anfechtungsfristen - ein Jahr als relative und eine unbeschränkte absolute Frist²⁷⁸ - sowie der Umstand zu erwähnen, dass im Strafverfahren, im Gegensatz zum Privatrecht, dem Erklärungsgegner (und wer ist das überhaupt?) mit Schadenersatz nicht gedient ist, wenn der Beschuldigte seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (Art. 26 OR).

276a Oben 27.

277 Dagegen schlägt SIEGERT de lege ferenda vor, als Muster für die Anfechtungsgründe die Bestimmungen von § 119 Abs. 1 und § 123 BGB heranzuziehen (S. 162).

278 Art. 31 Abs. 1 und 2 OR; von TUHR/PETER 333 Anm. 22.

2. Uebernahme der Lösung aus dem Zivilprozessrecht?

Im Zivilprozessrecht wird von der Lehre die folgende Lösung befürwortet oder ist zum Teil bereits Praxis²⁷⁹:

Willensmängel beim *Rechtsmittelrückzug* werden im wesentlichen gleich behandelt wie solche beim Rückzug der Klage, und die zivilrechtliche Willensmängelregelung wird mit wenigen Ausnahmen analog angewandt²⁸⁰. Im einzelnen sind die folgenden Fälle auseinanderzuhalten: Jeder Irrtum, den die Gegenpartei gekannt hat oder hätte kennen sollen, ist beachtlich, und auch jeder, der nicht der Fahrlässigkeit des Irrenden zuzuschreiben ist. Und bei Täuschung und Drohung gilt, dass beide zur Anfechtung berechtigen, und zwar ohne Unterschied, ob sie von der Gegenpartei oder von Dritten ausgegangen sind.

Ebenfalls als analog anwendbar erklärt werden die zivilrechtlichen Vorschriften beim *Rechtsmittelverzicht*, doch nur in den Fällen einer von der Gegenpartei direkt oder indirekt ausgegangenen Täuschung und Drohung. Im übrigen ist hier jeder weitere Willensmangel, also namentlich alle Fälle des Irrtums, unbeachtlich.

Dass diese Lösung uns nicht weiterhelfen kann, bedarf nicht vieler Worte. Auch sie basiert wesentlich auf

279 Im wesentlichen wird der Darstellung von STUDER (S. 72 ff., 81, 97 ff.) gefolgt. Zum Teil abweichend: ARENS 132, 136 (vgl. dazu die Kritik von GAUL 342 ff.); GRUNSKY in STEIN/JONAS, 20. A., § 514 dZPO N. 7 und § 515 dZPO N. 6; unbestimmt KUMMER, 93 f.

280 So auch ARENS 132; allerdings lässt er die Anfechtung nur innerhalb der Rechtsmittelfrist zu (S. 136). Beachte ferner § 293 Abs. 2 ZH-ZPO, der die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Klagerückzuges als Revisionsgrund kennt.

der Tatsache, dass dem Erklärenden ein ebenbürtiger Gegner als Adressat auf gleicher Stufe gegenübersteht, weshalb auch die Art. 23 ff. OR zur Lösung herangezogen werden können. Diese haben wir aber als für das Strafrecht untauglich erkannt. Zudem ist im Strafrecht kein Grund ersichtlich, wieso Willensmängel bei Verzicht und solche bei Rückzug des Rechtsmittels verschieden behandelt werden sollten.

3. Zwei Lösungsvorschläge aus der deutschen Literatur

a. Der Vorschlag von DAHRMANN

In seiner Dissertation kommt DAHRMANN zum folgenden Resultat: Beim Erklärungs- und Inhaltsirrtum²⁸¹ müsse auf den einzelnen Fall und auf die Art der Entstehung des Willensmangels abgestellt werden. Dann lasse sich erkennen, in welchem Verhältnis Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zueinander stünden, und je nach dem Ergebnis der Interessenabwägung sei die mit dem Willensmangel behaftete Erklärung unwirksam oder nicht (S. 79)²⁸². Das gleiche gelte auch für den Motivirrtum (S. 82). Täuschung und Drohung würden dagegen immer zur Unwirksamkeit der Erklärung führen; gleichgültig, ob sie von einem Staatsorgan (Richter oder Staatsanwalt) oder einem Dritten ausgegangen seien (S. 85, 87).

281 Unter Inhaltsirrtum wird nach der deutschen Terminologie derjenige Irrtum verstanden, bei dem sich der Erklärende über den Inhalt, d.h. die Wirkung seiner Erklärung irrt (§ 119 Abs. 1 BGB).

282 An dieser Stelle führt DAHRMANN zwei Beispiele an, die unbegreiflicherweise aber keinen Irrtum, sondern eine Täuschung zum Gegenstand haben.

Zur Kritik ist zu sagen, dass dieser Vorschlag gerade das vermissen lässt, was wir zu finden hofften, nämlich Kriterien, die eine Fallgruppenbildung ermöglichen und die Praktikabilität der Lösung erhöhen würden. Gerade beim Irrtum, der zu den schwierigsten Fragen führt, werden wir wieder auf die grundlegende Interessenabwägung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zurückgeworfen und erhalten keinen Hinweis, der einen feineren Lösungsraster zu erstellen erlaubt.

b. Der Vorschlag von DENCKER

DENCKER geht von der *Rechtsfriedensfunktion* der Rechtsmittelverzichts- und Rechtsmittelrückzugserklärung aus. Sie bestehe darin, dass diese Prozesshandlungen eine dem Urteil zustimmende Erklärung beinhalten und so faktisch zum Rechtsfrieden²⁸³ beitragen würden (S. 40, 78). Daraus zieht er den Schluss, dass jeder Willensmangel, der bewirkt, dass keine volle Zustimmung zum Urteil vorliegt, der m.a.W. die Rechtsfriedensfunktion der Erklärung beeinträchtigt, beachtlich sein müsse (S. 57). Diese Ueberlegung führt zur Einteilung in die folgenden Fallgruppen:

Jeder *Irrtum* über den Inhalt des Urteils ist beachtlich, sowie auch jeder Erklärungsirrtum. Alle übrigen Irrtümer werden unter dem Stichwort "Irrtümer über die rechtliche Lage" zusammengefasst und in die beiden Gruppen "Irrtümer über die prozessuale Rechtslage" und solche "über die materiellen Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels" eingeteilt; sie alle sind unbeachtlich (S. 58 f.).

283 Vgl. oben 99 f.

Drohung und Zwang sind dagegen stets beachtlich, gleichgültig von wem sie ausgegangen sind (S. 60).

Schliesslich ist jede *Täuschung* über den Inhalt des Urteils beachtlich und grundsätzlich auch jede, die von staatlichen Justizorganen ausgegangen ist. In der Regel unbeachtlich ist sie aber, sofern sie von einem Dritten verübt wurde (S. 62 ff.).

Es ist die Grundüberlegung von DENCKER, die m.E. nicht ins Schwarze trifft. Deshalb soll die davon abhängige Einteilung in beachtliche und unbeachtliche Willensmängel wenigstens zum grossen Teil nicht übernommen werden.

Es scheint kaum lebensnah, davon auszugehen, dass der Verzichtende oder Zurückziehende seine Erklärung nur deshalb abgibt, weil er das Urteil als richtig oder gerecht empfindet. Meist sind es die verschiedensten Faktoren, die zu einer solchen Erklärung führen, worunter diejenigen, die sich tatsächlich auf die Richtigkeit des Urteils beziehen, lediglich einen mehr oder minder grossen Teil ausmachen. Daneben werden stets auch solche anzutreffen sein, die die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, eine notwendig scheinende Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt, eine zusätzlich in Aussicht stehende Bestrafung seitens der Verwaltungsbehörde²⁸⁴ u.a.m. betreffen.

Ein typisches Beispiel hierfür findet sich in ZR 76 Nr. 111: Hier zog der Verurteilte seine Einsprache gegen den Strafbefehl zurück, in welcher er die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges gerügt hatte. Die

284 Vgl. NJW 1961, 2271.

Ursache für den Rückzug war aber nicht, dass der Verurteilte den Strafbefehl nun plötzlich als gerecht und richtig empfand, sondern sie lag darin, dass ihn der Gerichtsssekretär auf die Möglichkeit der Verbüßung der Strafe in Halbgefangenschaft aufmerksam machte. Erst als sich diese Auskunft als unrichtig erwies, focht der Verurteilte seinen Rückzug wegen Irrtums an.

Darf die Verzichts- und Rückzugserklärung also nicht einfach als Bejahung des Urteils als solchen, d.h. seiner Richtigkeit und Gerechtheit aufgefasst werden, sondern nur als Ausdruck dafür, dass der Verurteilte das Urteil in Anbetracht der *gesamten Lage* annehmen will, so vermag auch die in der Erklärung enthaltene Annahmewilligkeit den Rechtsfrieden nicht deshalb zu fördern, weil das Urteil selber, sondern nur weil die *gesamte Lage* für den Erklärenden annehmbar ist.

Der Unterschied ist entscheidend. Denn DENCKER schliesst, dass all diejenigen Willensfehler beachtlich sein müssen, "die dem Rechtsmittelverzicht [oder -rückzug] die Zustimmung zum Urteil als fehlerfreien Kern nicht belassen" (S. 57). Nachdem aber Verzicht und Rückzug wie gesehen nur in einem umfassenderen Sinn Zustimmung zum Urteil und Beitrag des Verurteilten zum Rechtsfrieden sein können, vermag auch ein Irrtum bloss über die prozessuale Rechtslage, wie z.B. derjenige über die Möglichkeit einer Strafverbüßung in Halbgefangenschaft, diese Zustimmung und diesen Beitrag des Verurteilten zunichte zu machen. Das jedoch würde gemäss der Schlussfolgerung von DENCKER bedeuten, dass auch solche Irrtümer und damit praktisch jeder nur denkbare Willensmangel zur Anfechtung der Verzichts- oder Rückzugserklärung berechtigen müssten, was sichtlich zu weit führt.

Ein weiterer Punkt, der gegen DENCKER's Vorschlag spricht, und den insbesondere ROXIN kritisiert²⁸⁵, liegt darin, dass diese Lösung in einem Grossteil der Fälle denjenigen, der einen Verzicht oder Rückzug erklärt hat, besser stellt als den, der während der Frist nicht gehandelt hat. Denn nach DENCKER muss der Irrende als Voraussetzung zur Korrektur seines Willensfehlers auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist einzig dartun, dass er sich über den Inhalt des Urteils geirrt hat. Dem Säumigen wird dagegen Wiederherstellung nur unter den engeren Voraussetzungen des § 44 dStPO²⁸⁶ gewährt.

285 286.

286 Bzw. Art. 35 OG und § 199 ZH-GVG.

§ 5 DIE LÖSUNG IM ALLGEMEINEN

I. KRITERIEN DER TAUGLICHKEIT EINER LÖSUNG

Die vorstehend dargestellten Regelungen befriedigen nicht. Bei der Lösung der gesamten Problematik müssen - wie allgemein bei der Lückenfüllung - die folgenden Faktoren berücksichtigt werden²⁸⁷:

Es gilt zuerst, eine Regel im Sinne einer generell-abstrakten Norm aufzustellen. Hier liegt die Schwäche von DAHRMANN's Konzept, das zu kasuistischen Entscheidungen führt.

Diese Regel muss sodann den als überwiegend erkannten Interessen zum Durchbruch verhelfen. Das sind in unserem Fall primär die Interessen an der materiellen Richtigkeit des Entscheides und an der Rechtssicherheit. Die gefundene Abhängigkeit der Interessenabwägung von dem zeitlichen Moment und von der Art des Willensmangels²⁸⁸ ist dabei zu beachten.

Die Lösung soll ferner auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellen und "den Anforderungen des Lebens entsprechen". Diese Forderung ist m.E. in DENCKER's Vorschlag zu wenig berücksichtigt, indem hier von einer doch fragwürdigen Rechtsfriedensfunktion des Verzichts und Rückzuges ausgegangen wird.

Und schliesslich hat sich die Regel in das bestehende Recht einzufügen. An diesem Gebot scheitert die Uebernahme der dem Strafprozessrecht fremden Lösungen von Privat- und Zivilprozessrecht.

287 Für das folgende: MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N. 318 ff.; ferner GERMANN, Probleme 111 ff.; sowie oben 55 f.

288 Oben 101.

Der einzige Weg, der hier Erfolg verspricht und der diesen wesentlichen Faktoren weitestgehend Rechnung zu tragen erlaubt, liegt m.E. in der analogen Anwendung der Regelung bei der Restitution.

II. DIE ANALOGE ANWENDUNG DER WIEDERHERSTELLUNGSVORSCHRIFTEN

1. Die generelle Eignung der Restitution

Für die Heranziehung der Wiederherstellungsvorschriften sprechen gewichtige Gründe.

Zum einen ist sie *das* prozessuale Mittel, das dem Beschuldigten die Korrektur der eigenen, fehlerhaften Prozesshandlung ermöglicht. Und zwar zielt sie direkt auf die fehlerhafte Prozesshandlung selber und nicht, wie die Rechtsmittel, erst auf den mangelhaften Entscheid, der seinerseits auf der fehlerhaften Prozesshandlung des Beschuldigten basiert. So lassen sich mit ihr denn auch bereits nach bestehender Praxis in einem gewissen Rahmen Willensmängel korrigieren²⁸⁹.

Sie entstammt sodann dem Prozessrecht und muss nicht erst, wie das z.B. bei der Uebernahme der in Art. 23 ff. OR enthaltenen Regeln der Fall wäre, in dieses eingefügt werden. Dem Strafprozessrecht ist sie ebenso bekannt wie dem Zivilprozessrecht.

Zudem handelt es sich bei der Restitution um ein Rechtsinstitut, das sich in der Praxis seit langem bewährt hat.

289 Oben 44 ff.

Und schliesslich macht sie die Korrektur des Fehlers davon abhängig, dass der Gesuchsteller jenen nicht oder doch nicht grobverschuldet hat, eine Voraussetzung, die auch bei der Korrektur von Willensmängeln sinnvoll und notwendig ist. Denn nur der Irrende, Getäuschte und Bedrohte, der seinerseits das zur Vermeidung eines Willensmangels generell notwendige und ihm Zumutbare getan hat, soll vor einem prozessualen Nachteil bewahrt bleiben.

2. Rechtfertigung des Analogieschlusses

Der Analogieschluss, d.h. die sinngemässe Anwendung eines Rechtssatzes auf einen vom Gesetz nicht geregelten Tatbestand, ist gerechtfertigt, sofern der *Grundgedanke* des Rechtssatzes auch auf den nicht geregelten Tatbestand zutrifft, und wenn in beiden Fällen dieselben *Wertungen* vorzunehmen sind²⁹⁰. Beide Voraussetzungen sind in unserem Fall erfüllt²⁹¹.

Neben ihrer in der Befristung liegenden Ordnungsfunktion haben die prozessualen Fristen, die praktisch ausschliesslich im Zusammenhang mit Willenserklärungen auftreten, primär den Zweck, den Prozessbeteiligten eine gewisse Zeit für die Willensbildung zu gewähren. Der Entschluss auf Vornahme oder Nichtvornahme soll eben vom

290 GERMANN, Probleme 176. MEIER-HAYOZ spricht von der "Gleichheit zweier Tatbestände im Teleologisch-Axiologischen" (Art. 1 ZGB N. 347).

291 Für eine z.T. allerdings nur beschränkte, analoge Anwendung der Wiederherstellungsvorschriften sprechen sich insbesondere aus: PETERS 232; OETKER, in JW 1929 S. 51; SCHULZE, insbes. 163 ff.

fehlerfrei gebildeten und erklärten Willen getragen sein. In einem Teil der Fälle, in denen das nicht gelingt, schafft die Wiederherstellung Remedur. Sie greift Platz, wenn die Nichtvornahme der Prozesshandlung nicht auf dem Willen des Säumigen beruht, sei es, weil dieser an der Erklärung des fehlerfrei gebildeten Willens (so die herrschende Meinung), sei es, weil er an der fehlerfreien Bildung des "erklärten" Willens (so die Meinung einer Minderheit) zwingend verhindert war (oben S. 45 ff.). Der *Grundgedanke* der Wiederherstellung ist somit darin zu erblicken, dass sie dem wahren Willen des Säumigen zum Durchbruch verhelfen will. Er stimmt mit unserer grundsätzlichen Forderung überein, Willensmängel bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug vermehrt zu berücksichtigen.

Auch die *Werte*, die durch die Restitution tangiert werden, sind im wesentlichen dieselben wie die, die bei Verzicht und Rückzug berücksichtigt werden müssen. In beiden Fällen liegen die Forderung nach materieller Richtigkeit des Entscheids und nach Gerechtigkeit mit derjenigen nach Prozesssicherheit und -klarheit im Streit, und bei denorts muss eine Sorgfaltspflicht des Handelnden statuiert werden. Der geregelte und der nicht geregelte Tatbestand sind in teleologisch-axiologischer Hinsicht also gleichwertig.

3. Zur Kritik an der Analogie

Unter den Kritikern wendet sich am eingehendsten DENCKER²⁹² gegen die Möglichkeit eines Analogieschlusses. Er führt aus, dass Fristen und Termine im Prozess-

292 31 ff.

recht zur Einhaltung der formalen Ordnung absolut notwendig seien, dass aber, da der formalen die materiale Ordnung, die Gerechtigkeit, übergeordnet sei, die Wiederherstellung ein ebenso notwendiges Regulativ bilde. Letztere analog auf die Fälle einer mit Willensmängeln behafteten Verzichtserklärung anzuwenden, sei aber zweifelhaft bzw. abzulehnen, denn: "welche Bedeutung man immer dem Institut des Rechtsmittelverzichts beimessen mag, eines wird man von ihm sicher nicht sagen können: dass es nämlich sachnotwendig sei wie Termine und Fristen".

Gegen diese Argumentation spricht, dass DENCKER die Fristen und Termine einzig unter dem Blickwinkel ihrer Ordnungsfunktion, d.h. ihrer *Befristung* betrachtet. Das ist wohl zu einseitig, denn, wie festgestellt, haben die Fristen zweierlei und gleichberechtigte Aspekte; sie *gewähren* Zeit für die Willensbildung und sie *befristen* diese Zeit gleichzeitig aus Gründen der formalen Ordnung. Das eine ist so notwendig wie das andere, und das Resultat, die jeweilige Frist, stellt einen Kompromiss dar. Infolge des zu engen Begriffs vergleicht nun DENCKER Ungleiches wenn er sagt, dass der Rechtsmittelverzicht nicht sachnotwendig sei wie die Fristen und Termine. Unter dem Gesichtspunkt der formalen Ordnung ist eben nicht die Frist selber, sondern nur das Fristende, m.a.W. nicht das Gewähren einer bestimmten Zeitspanne, sondern nur die Befristung dieser Zeit sachnotwendig.

In Bezug auf die formale Ordnung aber ebenso sachnotwendig ist nun nicht das Institut des Rechtsmittelverzichts, wohl aber eine prinzipielle Unbeachtlichkeit der Willensmängel bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug. Richtigerweise hätte DENCKER also die Befristung mit der

Unbeachtlichkeit der Willensmängel vergleichen müssen. Dabei hätte er festgestellt, dass in beiden Fällen die Lage gleich liegt, und dass beidenorts, bei der Befristung wie bei der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit der Willensmängel das Institut der Restitution seinen Zweck zu erfüllen und einen billigen Ausgleich zwischen der formalen Ordnung und der materialen Gerechtigkeit zu schaffen vermag.

4. Die Wiederherstellung in den Strafprozessordnungen der Kantone und im Organisationsgesetz des Bundes

Die Wiederherstellung ist in den Strafprozessordnungen der Kantone und im Organisationsgesetz des Bundes unterschiedlich geregelt. Zwar kennen praktisch alle Kantone sowie der Bund die Restitution²⁹³, und zwar bei richterlichen wie gesetzlichen Fristen, doch es finden sich Unterschiede hinsichtlich des Masses des noch tolerierbaren *Verschuldens*. Der Bund und verschiedene Kantone lassen die Restitution nur zu, wenn ein unverschuldetes Hindernis oder ein unverschuldeter Umstand den Säumigen an der Fristeinhaltung verhindert haben²⁹⁴. Andere Kantone verlangen sinngemäss, dass jenen kein Verschulden bzw. keine Nachlässigkeit treffe²⁹⁵, oder dass "circonstances indépendentes de sa volonté" zur Säumnis geführt haben²⁹⁶. Am weitesten geht das Gerichtsverfas-

293 Eine Ausnahme bildet der Kanton Bern (vgl. ZBJV 102, 322; 110, 79).

294 Art. 35 OG; § 168 Abs. 1 lit. a SO-StPO; § 53 AG-StPO; § 16 Abs. 1 BS-StPO; § 48 Abs. 1 LU-StPO.

295 Art. 73 SH-StPO; § 32 Abs. 2 NW-StPO; Art. 32 Abs. 1 VS-StPO.

296 Art. 13 Ziff. 6 FR-StPO.

sungsgesetz des Kantons Zürich, das Wiederherstellung auch dann noch gewährt, wenn dem Säumigen leichte Nachlässigkeit vorgeworfen werden muss²⁹⁷.

Bei der in dieser Arbeit befürworteten Analogie soll von der letztgenannten Vorschrift des Kantons Zürich ausgegangen werden. Denn die Zulassung der Wiederherstellung (und der Korrektur eines Willensmangels) auch bei leichtem Verschulden, erscheint insofern gerechtfertigt, "als Versagen menschlich ist und nicht zu unverhältnismässig grossen Nachteilen führen sollte, wenn es nicht schwer wiegt"²⁹⁸. Zudem hat diese Lösung den "Vorteil, dass sie allzu subtile Unterscheidungen vermeidet und verhindert, dass ein Gericht übermässige Anforderungen an die Sorgfalt stellt"²⁹⁹.

297 § 199 Abs. 1 ZH-GVG; ferner oben 50.

298 HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 4 II a.

299 GULDENER, in SJZ 55, 370 (zitiert bei HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 4 II a).

§ 6 DIE LÖSUNG IM EINZELNEN

Mit der Anerkennung der Möglichkeit einer analogen Anwendung der Restitutionsregeln erhalten wir den folgenden Grundsatz: *Beachtlich ist jeder Willensmangel, den der Beschuldigte nicht der eigenen groben Nachlässigkeit zuzuschreiben hat, und in welchem die Hauptursache für die Abgabe der Verzichts- und Rückzugserklärung erblickt werden muss.*

Das letztere Erfordernis bringt zum Ausdruck, dass es nicht genügt, dass der Willensmangel für die Erklärung bloss kausal ist. Wie bei der direkten Anwendung der Wiederherstellungsvorschriften verlangt wird, dass der Willensmangel *zwingend* zur Säumnis führt³⁰⁰, so ist es bei der analogen Anwendung notwendig, dass er, wenn auch nicht die alleinige, so doch die *Hauptursache* bilde. Denn nur in diesen Fällen ist das Interesse des Beschuldigten an der Korrektur des Willensfehlers genügend gross, um widersprechende Interessen der übrigen allenfalls auf den zweiten Platz zu verweisen³⁰¹.

I. WILLENSMÄNGEL, DIE VOR ABLAUF DER RECHTSMITTELFRIST GELTEND GEMACHT WERDEN

Es ist bereits gezeigt worden, dass dem Rechtssicherheitsgedanken während der noch laufenden Rechtsmittelfrist ein Gewicht zukommt, das praktisch vernach-

300 Oben 48.

301 So spricht auch WAIBLINGER von einem "erheblichen und ... kausalen" Irrtum (Art. 227 BE-StPO N. 1).

lässigt werden kann³⁰². Zwar wecken Verzichts- und Rückzugserklärung in den Beteiligten auch zu diesem Zeitpunkt schon die berechnigte Erwartung, der Beschuldigte wolle vom Rechtsmittelverfahren definitiv absehen, doch wird diesem Umstand bereits durch die Statuierung der Unwiderruflichkeit der Erklärung genügend Rechnung getragen.

Es ist damit das weitgehende Fehlen widersprechender Rechtssicherheitsinteressen, das in diesem Stadium die für die Beachtlicherklärung der Willensmängel sprechenden Interessen so sehr in den Vordergrund rückt, dass diese Gruppe von Willensmängeln uneingeschränkt berücksichtigt werden sollen. Dieses Ergebnis liegt wohl auch wenigstens insoweit im Sinne des Gesetzes selber, als die Rechtsmittelfristen den Beteiligten vom Gesetzgeber als *Deliberationsfristen* gewährt worden sind³⁰³, und dass deshalb die Korrektur des Willens während der Willensbildungsfrist durchaus ermöglicht werden darf. Daher ist *jeder Willensmangel, beruhe er auf grober Nachlässigkeit oder nicht*³⁰⁴, *beachtlich, sofern er die Hauptursache für die Abgabe der Erklärung darstellt, und wenn er vor Ablauf der Rechtsmittelfrist geltend gemacht wird.*

Weit häufiger werden in der Praxis jedoch Willensmängel anzutreffen sein, die erst nach Fristablauf entdeckt werden.

302 Oben 95 ff.

303 Vgl. oben Anm. 176.

304 'Absichtliche Willensmängel' gibt es selbstverständlich nicht.

II. WILLENSMÄNGEL, DIE ERST NACH FRISTABLAUF GELTEND GEMACHT WERDEN

Die Berücksichtigung dieser Willensmängel hängt massgeblich davon ab, ob an der Entstehung oder dem Weiterbestehen des Willensmangels auf seiten des Beschuldigten grobe Nachlässigkeit mitgewirkt hat. Wenn dem so ist, bleibt dem Willensmangel die Anerkennung versagt, denn der Grund für die Privilegierung während der Dauer der Rechtsmittelfrist, nämlich die weitgehende Irrelevanz des Rechtssicherheitsinteresses, fällt nach Fristablauf dahin. Leichte Nachlässigkeit schliesst dagegen die Beachtlicherklärung des Willensmangels nicht aus³⁰⁵.

Hier bei der analogen Anwendung der Restitutionsregeln kann von demselben *Verschuldensbegriff* ausgegangen werden, wie er bei der Restitution selber massgebend ist. Leichte bzw. leichteste Nachlässigkeit liegt vor, wenn der Beschuldigte "lediglich das nicht beachtet, was ein sorgfältiger oder sogar der sorgfältigste Mensch unter gleichen Umständen beachten würde"³⁰⁶. Hat er dagegen eine Sorgfaltspflicht verletzt, "deren Beobachtung unter den gegebenen Umständen auch dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten ist", so ist grobe Nachlässigkeit gegeben. Für die Bewertung des Verschuldens kommt es nicht nur auf objektive Umstände, sondern immer auch auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten an, so namentlich darauf, ob er rechtskundig oder

305 Oben 117.

306 Hier und für das folgende: HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 4 II b und c, sowie die dort angeführte, reichhaltige Kasuistik.

-unkundig sei, ob er einen Rechtsbeistand hat usf. Sie ist auch stets von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängig. Deshalb muss, wenigstens was das Verschulden betrifft, die folgende Darstellung darauf beschränkt bleiben, gewisse und für die einzelnen Willensmängelarten *typische Grundfragen* zu behandeln.

Das *Verschulden* bildet auch das Kriterium für die nachfolgende Fallgruppierung. So können die durch die zuständige Behörde verursachten Willensmängel in einer Gruppe zusammengefasst werden, da sie, im Gegensatz zu den übrigen, in der Regel nicht, oder zumindest nicht auf grober Nachlässigkeit des Beschuldigten beruhen³⁰⁷.

1. Willensmängel, die von Behörden verursacht worden sind

Was in diesem Abschnitt unter '*Behörden*' zu verstehen ist, ergibt sich daraus, dass den Beschuldigten an der Entstehung eines Willensmangels nur dann kein Verschulden trifft und der Willensmangel beachtlich ist, wenn er sich auf die Richtigkeit einer Auskunft oder auf die Fehlerlosigkeit eines Tuns³⁰⁸ der Behörde verlassen darf. Das darf er nur, wenn die Behörde tatsächlich zuständig ist, oder wenn er gute Gründe für eine solche Annahme hatte.

So spielt es in der Regel keine Rolle, ob beispielsweise eine falsche Rechtsauskunft im Berufungsverfahren,

307 Selbstverständlich darf dem Beschuldigten die Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennbar gewesen sein (BGE 98 Ia 608).

308 Vgl. z.B. ZR 55 Nr. 4.

welche zum Rechtsmittelrückzug führte, vom (zuständigen) Obergericht oder vom (unzuständigen) Bezirksgericht ausgegangen ist. Von einem durchschnittlichen Beschuldigten kann nicht verlangt werden, dass er die prozessuale Zuständigkeitsordnung bis ins letzte Detail überblicke. Hingegen würde es ihm zum Nachteil gereichen, wenn er sich im gleichen Beispiel von einer falschen Auskunft der Polizei oder des für ihn ersichtlich unzuständigen Gerichtswelbels hätte leiten lassen^{309, 310}.

Unter *Verursachung* ist, gemäss den allgemeinen Voraussetzungen, immer eine Beeinflussung in dem Sinne zu verstehen, dass sie die Hauptursache für die Abgabe der Erklärung seitens des Beschuldigten bildet. Das kann vom blossen Erteilen einer Auskunft, über eine Täuschung bis hin zu Drohung und Zwang gehen.

a. Irrtum

Wir können unbedenklich davon ausgehen, dass in der Regel jeder durch die zuständige Behörde verursachte Irrtum beachtlich ist³¹¹. Ein Verschulden auf Seiten des Verurteilten fällt hier grundsätzlich ausser Betracht. Auch wäre es in der Tat eine "peinliche Vorstellung"³¹²,

309 Vgl. BGE 76 I 358: "Für diesen Irrtum ist sie [die Beschwerdeführerin] selbst verantwortlich. Es gehört nicht zu den ordentlichen Obliegenheiten jenes Gemeindebeamten, dem Publikum über bundesrechtliche Fristen Bescheid zu geben."

310 Willensmängel, die von Amtsstellen und Beamten verursacht wurden, welche nicht als Behörden im genannten Sinne gelten, sind wie solche zu behandeln, die von gewöhnlichen Dritten verursacht worden sind (unten S. 131 f.).

311 Gleicher Meinung HAUSER 98; WAIBLINGER, Art. 227 BE-StPO N. 1.

312 FELDMANN, in NJW 1960, 211.

wenn der Beschuldigte durch das Verschulden eines Rechtspflegeorgans seines Rechtsmittels verlustig gehen würde. Die Probleme liegen hier weniger beim Bestimmen des Verschuldensgrades als beim Entscheid darüber, ob im Einzelfall überhaupt ein Irrtum vorliegt bzw. ob er durch die Behörde verursacht worden ist.

aa. Erklärungsirrtum

Jeder durch die Behörde verursachte Erklärungsirrtum ist beachtlich.

Allerdings werden solche Irrtümer höchst selten anzutreffen sein. Ein Beispiel hierfür wäre der Fall, wenn der vom Gericht beigezogene Dolmetscher die Antwort des Beschuldigten auf die Frage des Richters, ob er auf das Rechtsmittel verzichte, falsch übersetzt und mit "ja" statt mit "nein" wiedergibt. Ein anderes Beispiel lässt sich im Sachverhalt erblicken, der dem Entscheid BGE 104 Ia 1 ff.³¹³ zugrunde liegt. Hier legte das Walliser Kantonsgericht entgegen der bisherigen und dem Verteidiger bekannten Praxis das Nichterscheinen des Verurteilten als Rückzug der Appellation aus. Durch diese nichtangekündigte Kehrtwendung verursachte es den Erklärungsirrtum des Beschuldigten insofern, als es dessem Verhalten einen Erklärungsinhalt gab, der dem Willen des Beschuldigten nicht entsprach. Diesen traf seinerseits am Auseinanderfallen von Wille und "Erklärung" keine Schuld.

bb. Motivirrtum

Bei dem durch die Behörde verursachten Motivirrtum sind zwei Sachverhalte auseinanderzuhalten.

313 = Pr. 1978 Nr. 94.

aaa. Der Irrtum über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels

Der Irrtum kann sich auf die *Erfolgsaussicht* eines Rechtsmittels³¹⁴ oder auf allenfalls zu gewärtigende Nachteile wie beispielsweise eine reformatio in peius beziehen. Wenn sich der Beschuldigte in diesen Fällen auf den Willensmangel beruft, so fragt sich sogleich, ob die behördliche Auskunft der Wirklichkeit entsprach, ob m.a.W. die Chancen des Rechtsmittels wirklich so klein oder ein Nachteil tatsächlich so naheliegend oder gravierend gewesen sei, wie angenommen worden ist³¹⁵. Dass die Auskunft falsch war, ist ja Voraussetzung für den Irrtum und für das eventuell nachfolgende Rechtsmittelverfahren; ob sie aber falsch war, kann erst nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens definitiv beurteilt werden, da erst dann Erfolg oder Misserfolg des Rechtsmittels feststehen. Einen Ausweg aus diesem Dilemma sieht DENCKER darin, "alle entsprechenden Ratschläge von Justizorganen zunächst als fehlerhaft zu behandeln"³¹⁶. Meines Erachtens zweckmässiger scheint in dieser Situation jedoch ein Vorgehen, wie es ähnlich bei der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Zivilprozess eingeschlagen wird³¹⁷. So wie die unentgeltliche

314 ZR 57 Nr. 131; SJZ 53, 314.

315 In SJZ 53, 315 wurde die Frage nicht unter diesem Blickwinkel geprüft, in SJZ 58, 23 blieb sie unbeantwortet.

316 63.

317 § 84 Abs. 1 ZH-ZPO lautet: "Parteien, denen die Mittel fehlen, ... wird auf Gesuch die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint".
Vgl. dazu STRAULI/MESSMER, § 84 ZH-ZPO N. 5.

Prozessführung dort nur dann bewilligt wird, wenn der Prozess nicht aussichtslos erscheint, soll hier die Berufung auf den Irrtum nur dann zugelassen werden, wenn die Annahme, der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens werde die Unrichtigkeit der Auskunft bestätigen, nicht unhaltbar ist. Auf diese Weise wird in aussichtslosen Fällen Mühe und Kosten gespart.

Eine andere Frage ist die, ob infolge der Unmöglichkeit einer unzweifelhaft richtigen Prognose jede *behördliche Auskunft* über die Aussichten eines Rechtsmittels bzw. über allfällige Nachteile wenigstens dann als unzulässig gelten solle, wenn sie geeignet ist, ihn von der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens abzuhalten. Sie ist wohl zu verneinen³¹⁸.

Neben negativen hat das Erteilen von Auskunft durch die Behörde auch positive Seiten, indem der Beschuldigte oft wertvolle Informationen erhält. Es völlig zu unterbinden, ist deshalb nicht richtig. Es wäre auch nicht gerechtfertigt, da nicht jede unrichtige Auskunft einen

318 Wenn die Behörden, insbes. der Richter oder Ankläger, dem Beschuldigten nicht Auskunft auf eine Frage geben, sondern ihm ungefragt Ratschläge erteilen, die ihn vom Rechtsmittelverfahren abhalten sollen, so liegen die Dinge verschieden. Das Erteilen solcher Ratschläge, wie auch die spontane richterliche Frage nach einem Rechtsmittelverzicht liegen m.E. an der Grenze des Zulässigen. Wenn sich ergibt, dass eine so motivierte Verzichts- oder Rückzugserklärung sich nach den allgemeinen Grundsätzen nicht wegen Irrtums anfechten lässt, so kann es dem Ansehen der Rechtspflege jedenfalls nur nützen, wenn dem Beschuldigten aus Gründen der Billigkeit dennoch erlaubt wird, auf die Erklärung zurückzukommen (vgl. dazu die überaus harte Kritik des Bundesgerichts an einem solchen behördlichen Vorgehen in BGE 93 II 220; dazu KUMMER, in ZBJV 105, 77; sowie MÜLLER, in ZBJV 106, 273; ferner DENCKER 64).

beachtlichen Irrtum hervorzurufen vermag. Wenn der Richter dem Beschuldigten beispielsweise erklärt, er glaube, dass ein Rechtsmittel aussichtslos sei, dass ein Erfolg aber nicht ausgeschlossen werden könne, so kann sich der Beschuldigte nicht darauf berufen, er habe im Vertrauen auf die Richtigkeit der grundsätzlich negativen, richterlichen Prognose den Verzicht oder Rückzug erklärt. Er musste diesbezüglich im Zweifel sein, und wer am Misserfolg seines Rechtsmittels Zweifel hat oder haben muss, muss sich den Vorwurf der Nachlässigkeit gefallen lassen, wenn er dennoch darauf verzichtet oder es zurückzieht³¹⁹. Der Irrtum ist in diesen Fällen grundsätzlich einer groben Nachlässigkeit des Beschuldigten zuzuschreiben und unbeachtlich. Wenn der Richter oder auch der Ankläger mit ihrem juristischen Sachwissen und ihrer Autorität den Beschuldigten hingegen quasi 'überfahren' und ihm, womöglich noch unter Hinweis auf entstehende Kosten etc., die Nutzlosigkeit eines Rechtsmittels vor Augen führen, so trifft diesen an der Entstehung des Irrtums keine Schuld; er musste keine Zweifel hegen, und der Irrtum

319 Vgl. SJZ 58, 22 f.

In diesem Entscheid zog der Berufungskläger sein Rechtsmittel zurück, nachdem der Referent des Obergerichts ihm erklärt hatte, "dass er die Berufung als in allen Teilen aussichtslos ansehe". Auf die Anfechtung des obergerichtlichen Abschreibungsbeschlusses durch den Verurteilten hin, erklärte das kantonale Kassationsgericht: Der Verurteilte konnte "nicht im unklaren darüber sein, dass ihm weder der Referent noch der Präsident der Vorinstanz mit Sicherheit voraussagen konnten, wie das Obergericht als Kollegium das Gutachtenergebnis würdigen würde. Seine Vorstellung, die Würdigung durch den Referenten werde auch vom Kollegium übernommen, hätte sich also auf einen Sachverhalt bezogen, der ihm als unsicher erscheinen musste". Weshalb aber der Verurteilte hier nicht im unklaren sein konnte, geht aus dem Entscheid nicht hervor.

ist beachtlich. Die Uebergänge sind hier natürlich fließend, und der Entscheid über Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit eines Irrtums muss von Fall zu Fall getroffen werden. Eine wesentliche Rolle spielen dabei auch subjektive Faktoren auf Seiten des Beschuldigten wie besondere Unbeholfenheit oder Gewandtheit, allfällige juristische Kenntnisse usf.³²⁰.

bbb. Der Irrtum über weitere Umstände

In der zweiten Fallgruppe betrifft der Motivirrtum nicht die Aussichten eines Rechtsmittels, sondern andere Umstände, wie z.B. die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, eine vermeintlich notwendig werdende Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt, die Möglichkeit, eine ausgefallte Freiheitsstrafe in Halbgefangenschaft zu verbüssen usw. Ob die diesbezügliche Auskunft falsch war, lässt sich hier ohne weiteres feststellen. Wenn sich der Beschuldigte zudem auf die Auskunft verlassen durfte - was in der Regel anzunehmen ist -, und wenn im Willensmangel die Hauptursache für die Abgabe der Erklärung zu sehen ist, so sind auch diese Irrtümer beachtlich³²¹.

cc. Fazit

Von den durch die Behörde verursachten Irrtümern ist beachtlich jeder *Erklärungsirrtum*.

Der *Motivirrtum* ist beachtlich, wenn - kumulativ -

320 Vgl. BJM 1976, 253.

321 Identisch im Resultat ZR 76 Nr. 111.

- die Auskunft durch die zuständige Behörde erteilt worden ist bzw. der Beschuldigte die Behörde als zuständig ansehen durfte;
- die Auskunft objektiv falsch war oder - beim Irrtum über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels - die der Auskunft entgegenlaufende Ansicht nicht unhaltbar ist;
- die falsche Auskunft die Hauptursache für die Abgabe der Erklärung bildet und den Beschuldigten so beeinflussen musste, dass ihn an der Abgabe der Verzichts- oder Rückzugserklärung kein Verschulden trifft.

Davon, dass der Beschuldigte auf die Richtigkeit der Auskunft vertrauen durfte und nicht nachlässig handelte, ist hier stets auszugehen, da die Auskunft ja von der zuständigen Behörde erteilt wurde.

b. Täuschung

Die von der Behörde ausgehende Täuschung unterscheidet sich vom soeben behandelten Irrtum nur dadurch, dass der Irrtum hier nicht bloss verursacht worden ist, sondern absichtlich herbeigeführt bzw. absichtlich gefördert wurde. Für die Täuschung gilt das beim Irrtum gefundene Resultat also entsprechend. Das heisst im Einzelnen, dass der auf Täuschung beruhende Willensmangel a fortiori in jedem Fall beachtlich sein muss, wo der Irrtum vorstehend als beachtlich erkannt wurde³²².

322 Gemäss der Ansicht von HAUSER führt jede, auch die von der Behörde verübte Täuschung zur Unbeachtlichkeit der Erklärung (S. 98); gegenteiliger Meinung scheint STREIFF zu sein (S. 295 Anm. 52).

Hinsichtlich der übrigen Fälle ergibt sich das folgende: Sofern der Grund für die Unbeachtlichkeit eines Irrtums darin liegt, dass die behördliche Auskunft nicht falsch ist, oder dass jener nicht die Hauptursache der Erklärungsabgabe bildet, so führt auch die entsprechende Täuschung nicht zur Unbeachtlichkeit der Erklärung. Im ersten Fall liegt ja keine Täuschung vor, und im zweiten ist der eigentliche Grund, der zur Erklärungsabgabe führte, von einem Irrtum wie von einer Täuschung nach wie vor unbetroffen.

Ein Irrtum, der hingegen deshalb unbeachtlich war, weil der Beschuldigte von der Zuständigkeit der Behörde oder von der Richtigkeit der Auskunft nicht hätte ausgehen dürfen, dessen Unbeachtlichkeit m.a.W. in einem Verschulden des Irrenden gründet, ist als Täuschung in der Regel dennoch beachtlich. Hier fällt ein Verschulden des Verurteilten stets ausser Betracht, da niemand mit einem Verhalten der Behörde rechnen muss, das dem Grundsatz von Treu und Glauben so krass widerspricht.

c. Drohung und Zwang

Dass die von Behörden ausgehende Drohung und der durch sie verübte Zwang beachtliche Willensmängel darstellen, braucht wohl nicht weiter begründet zu werden. Das Resultat entspricht auch der herrschenden Meinung³²³.

In Einzelfällen kann jedoch fraglich sein, was im Strafprozess unter einer Drohung im Sinne der Willensmängel lehre zu verstehen sei.

Die Drohung ist das Inaussichtstellen eines Nachteils für den Fall, dass der Bedrohte etwas tut bzw. zu

323 HAUSER 98; NOLL 61.

tun unterlässt. In manchen Situationen bringt es jedoch schon das besondere Wesen des Strafprozessrechts mit sich, dass dem Beschuldigten aus seinem prozessualen Handeln Nachteile erwachsen. Wenn sich z.B. im Laufe des Rechtsmittelverfahrens ergibt, dass erneut Kollusionsgefahr besteht, so sieht sich der Beschuldigte vor die Wahl gestellt, das Rechtsmittel zurückzuziehen oder wieder in Haft genommen zu werden. Ebenso stellt ihn die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft vor die Wahl, seine Berufung zurückzuziehen oder das Risiko einer Strafschärfung zu tragen. Von einer Drohung i.S. eines Willensmangels kann hier aber nicht gesprochen werden, da weder das Inaussichtstellen noch das allfällig nachfolgende Zufügen des Nachteils rechtlich unzulässig sind; der Nachteil ist blosse *gesetzliche Folge* des Handelns des Angeklagten³²⁴. Ein Willensmangel in der Form einer Drohung liegt nur vor, wenn die Behörde dem Beschuldigten einen rechtlich nicht zulässigen Nachteil in Aussicht stellt, wo sie ihm beispielsweise mit einer Verhaftung droht, die der gesetzlichen Grundlage entbehren würde usf. In diesen Fällen spielt es aber keine Rolle, ob der Nachteil, z.B. die Verhaftung, den Beschuldigten selber oder eine ihm nahestehende Person treffen würde.

Unter gewissen Umständen vermag aber auch das Inaussichtstellen eines rechtlich zulässigen Nachteils eine Drohung zu begründen, nämlich dann, wenn angenommen werden muss, der Beschuldigte sei auf den Nachteil nur deshalb hingewiesen worden, damit er das Rechtsmittel zurückziehe oder auf es verzichte. Es handelt sich hier um eine ähnliche Situation, wie sie vom Tatbestand

324 Gleicher Meinung DENCKER 60.

der Nötigung (Art. 181 StGB) her bekannt ist, wo erst die besondere Verknüpfung zwischen dem zulässigen Zweck (z.B. der Rechtsmittelrückzug) und dem zulässigen Mittel (z.B. die Verhaftung) die rechtliche Verpöntheit begründet³²⁵.

Von einer Drohung müsste im Sinne des Wiederherstellungsrechts ferner verlangt werden, dass sie so schwer wiege, dass den Beschuldigten kein Vorwurf trifft, wenn er ihr nicht widersteht³²⁶. Weil es vorliegend aber die Behörde ist, die droht, d.h. der Staat, der dem Beschuldigten im Strafverfahren ohnehin übermächtig gegenübersteht, ist es entschuldbar, wenn dieser sich der Drohung allzu schnell beugt. Hinzu kommt, dass hier ja zuerst und in weit schwererem Mass der Staat eine Pflicht verletzt, nämlich seine Fürsorgepflicht und das Gebot des "fair trial"³²⁷. Aus diesen Gründen sollte der Vorwurf mangelnder Widerstandskraft an die Adresse des Beschuldigten nie erhoben werden.

2. Nicht durch Behörden verursachte Willensmängel

In diesem Abschnitt sind alle übrigen Fälle zu behandeln, nämlich Willensmängel, die ohne direkte Mitwir-

325 Vgl. STRATENWERTH 94; BGE 87 IV 14; 101 IV 49.

326 PETERS, der zwischen der durch Behörden und der durch gewöhnliche Dritte verübten Drohung in der Behandlung nicht unterscheidet, verlangt, dass ein strenger Massstab angelegt werde (S. 234).

327 Vgl. § 19 ZH-StPO.

kung Dritter entstanden sind, und jene, die nicht die Behörden, sondern Private verursacht haben³²⁸.

a. Irrtum

aa. Erklärungsirrtum

Erklärungsirrtümer der hier zu behandelnden Art werden in der Praxis selten anzutreffen sein; realitätsnahe Beispiele zu finden, ist nicht leicht. Ein Erklärungsirrtum läge beispielsweise dann vor, wenn sich der Beschuldigte verspricht und auf die Frage, ob er auf das Rechtsmittel verzichte oder es zurückziehe, mit 'ja' statt 'nein' antwortet.

In der Regel sind solche Irrtümer *unbeachtlich*, da derjenige, der sich verspricht oder verhört, nicht genügend aufmerksam ist und den Irrtum selber verschuldet. Weniger streng wäre aber zu urteilen, wenn der Beschuldigte z.B. mit der Gerichtssprache wenig vertraut ist, oder wenn sich das Versehen anlässlich der Hauptverhandlung ereignet. Denn erfahrungsgemäss werden "vor Gericht und zumal bei der Urteilsverkündung selbst ruhige Personen von einer gewissen Aufregung ergriffen"³²⁹. Der Grad eines allfälligen Verschuldens ist hier immer anhand der konkreten Umstände abzuklären.

bb. Motivirrtum

Der nicht durch Behörden verursachte Motivirrtum kann sich, wie der durch Behörden verursachte, auf die

328 Betreffend Willensmängel im Verhältnis zwischen Beschuldigtem und seinem Verteidiger siehe unten 143 ff.

329 SJZ 40, 111.

Chancen bzw. auf eventuelle Nachteile des Rechtsmittelverfahrens oder auch auf andere Umstände beziehen. Was den ersteren Fall anbelangt, kann für die Frage, ob überhaupt ein Irrtum vorliege, auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden³³⁰.

Bei beiden Formen des Motivirrtums ist die Hauptfrage, welche über Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit entscheidet, stets die, ob der Beschuldigte den Irrtum der eigenen, groben Nachlässigkeit zuzuschreiben hat. Sie stellt sich, wenn jener über die voraussichtliche Würdigung eines Beweismittels irrt³³¹, wie wenn er sich falsche Vorstellungen macht über den Inhalt des Urteils³³², über die Notwendigkeit der Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt³³³, oder über den Einfluss des Urteils auf ein nachfolgendes Disziplinarverfahren³³⁴ etc. Immer muss dabei vom Grundsatz ausgegangen werden, dass derjenige, der am Misserfolg seines Rechtsmittels oder an der Richtigkeit seiner Vorstellung über die für ihn massgebenden, anderen Umstände zweifelt oder zweifeln muss, nachlässig handelt, wenn er eine Verzichts- oder Rückzugserklärung abgibt. Das bedeutet im Einzelnen:

Der Irrtum beruht in der Regel auf grobem Verschulden und ist unbeachtlich, wenn der Beschuldigte tatsäch-

330 Oben 124.

331 SJZ 58, 22 f.
Betreffend den Irrtum über das Vorhandensein von Beweismitteln, siehe oben 127.

332 SJZ 40, 111.

333 BJM 1965, 260.

334 NJW 1961, 2271.

lich solche Zweifel hat. Denn in diesen Fällen ist er verpflichtet, sich am zuständigen Ort über die Richtigkeit oder Falschheit seiner Annahme zu erkundigen. Und wo eine Auskunft nicht erhältlich ist, muss er zur Wahrung seiner prozessualen Möglichkeiten das Rechtsmittelverfahren wenigstens so lange durchführen, bis er sich über die weiteren Schritte im Klaren ist. Allerdings ist auch hier nicht auszuschliessen, dass hinzukommende, besondere Umstände den Irrtum doch beachtlich werden lassen.

Wenn der Beschuldigte hingegen von der Richtigkeit seiner Annahme überzeugt ist, konzentriert sich das Problem auf die Frage, ob ein grobes Verschulden darin liegt, dass er mit der Unrichtigkeit seiner Vorstellung nicht gerechnet hat. Ob dem so ist, muss von Fall zu Fall entschieden werden.

Grundsätzlich nicht abweichend ist der *von einem Dritten verursachte Motivirrtum* zu behandeln³³⁵. Auch hier fragt es sich, ob der Beschuldigte an der Richtigkeit der Auskunft des Dritten zweifelte bzw. hätte zweifeln müssen. Dabei gilt, dass er grundsätzlich immer zweifeln muss, wenn die Auskunft etwas Rechtliches zum Inhalt hat, denn für solche Informationen sind allein die zuständigen Behörden kompetent. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Dritte besonders rechtskundig ist oder vom Beschuldigten als besonders rechtskundig angesehen werden darf³³⁶.

335 Betreffend Willensmängel im Verhältnis zwischen Beschuldigtem und seinem Verteidiger, siehe unten 141 ff.; insbes. 144 f.

336 So auch DENCKER 65. Anderer Meinung BGE 76 I 358.

Allgemeine Voraussetzung der Beachtlichkeit ist selbstverständlich auch hier, dass im Irrtum die Hauptursache der Abgabe der Erklärung zu erblicken ist.

b. Täuschung

Bei der Behandlung der von einem gewöhnlichen Dritten³³⁷ verübten Täuschung ergeben sich keine besonderen Probleme. Es gilt, dass jeder beachtliche Irrtum als Täuschung a fortiori beachtlich sein muss.

Dagegen ist nicht jeder von einem Dritten unabsichtlich verursachte Irrtum von vornherein auch als Täuschung unbeachtlich. Sofern er nämlich bloss deshalb nicht beachtlich war, weil der Beschuldigte ihm grobnachlässig unterlag, so kann es bei der Täuschung durchaus möglich sein, dass hier die hinzukommende Absichtlichkeit des Irreführens das vormals grobe Verschulden des Verurteilten nun als leicht erscheinen lässt. Damit führt die Täuschung zur Unbeachtlichkeit der Erklärung. Wie weit das im einzelnen Fall zutrifft, ist jeweils anhand der konkreten Umstände abzuklären³³⁸.

c. Drohung und Zwang

Zwang und Drohung durch einen Dritten stellen beachtliche Willensmängel dar, sofern sie so intensiv auf

337 Dazu zählt auch der Geschädigte.

338 HAUSER erklärt dagegen jede auf einer Täuschung eines Dritten beruhende Erklärung als unbeachtlich (S. 98). Das geht m.E. zu weit. In vielen Fällen darf sich der Beschuldigte auf eine Auskunft eines Dritten ohnehin nicht verlassen. Dabei macht es dann keinen prinzipiellen Unterschied mehr, ob dieser Dritte nun weiss, dass seine Auskunft falsch ist oder nicht, ob er m.a.W. täuscht oder den Irrtum unabsichtlich verursacht.

den Beschuldigten einwirken, dass ihm kein Ausweichen möglich ist, und dass von ihm kein Widerstand mehr erwartet werden kann. Hier trifft ihn kein Verschulden.

Beim *Zwang*, der dem Beschuldigten keine Alternative lässt, ist diese Voraussetzung erfüllt; dieser Willensmangel ist immer beachtlich.

Bei der *Drohung* muss auf die konkreten Umstände des Falles abgestellt und geprüft werden, ob Widerstand im einzelnen noch zumutbar war. Grundsätzlich darf man vom Beschuldigten zwar mehr Standfestigkeit erwarten, wenn er von einem Dritten und nicht von Behörden bedroht wird. Dass es aber gerechtfertigt wäre, dabei einen objektiven Massstab anzulegen und zu verlangen, dass "selbst von einem gefestigten, ruhigen und gewissenhaften Menschen dieser Berufsgruppe, dieser Stellung, dieses Alters und Geschlechts kein anderes Sichherausfinden aus der Zwangslage und kein Widerstand mehr billigerweise erwartet werden konnten"³³⁹, ist m.E. zu verneinen. Es geht hier einzig um die Frage, ob der Willensmangel grob verschuldet sei, und das ist für jeden Beschuldigten und jeden Fall gesondert zu untersuchen.

§ 7 WILLENSMÄNGEL IM VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM BESCHULDIGTEN UND SEINEM VERTEIDIGER

Der Beschuldigte wird im Strafprozess häufig verteidigt, meistens durch einen Rechtsanwalt. Vielfach, und besonders wo eine schwere Strafe in Aussicht steht³⁴⁰, ist das zudem gesetzlich vorgeschrieben (notwendige Verteidigung). Diese Gegebenheiten bringen es mit sich, dass Willensmängel oft in irgendeiner Beziehung zu dem Beschuldigten und seinem Verteidiger stehen. Sie können nicht ohne Abweichung von der vorstehend gefundenen Lösung behandelt werden, denn der Verteidiger hat eine besondere Stellung im Verfahren inne. Er ist nicht Behörde wie der Ankläger oder der Richter, er ist auch nicht ein gewöhnlicher Dritter, er hat aber doch von beiden etwas.

Die genannten Willensmängel lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen, die unterschiedlich zu behandeln sind. Auf der einen Seite stehen Willensmängel, denen der Verteidiger erliegt und aufgrund derer er eine fehlerhafte Erklärung abgibt. Darunter fallen ausschliesslich die Fälle, in denen der Verteidiger den Verzicht oder Rückzug als *Vertreter im Willen*³⁴¹ erklärt, denn nur hier tut er dem Gericht seinen eigenen und nicht den Willen des Beschuldigten kund. Die Willensmängel dieser Gruppe werden im folgenden als 'Willensmängel des Verteidigers' bezeichnet.

340 Im Kanton Zürich eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder eine Massnahme i.S. von Art. 42 ff. StGB (§ 11 Abs. 1 Ziff. 2 ZH-StPO).

341 Zur Terminologie, vgl. u.a. PETERS 184.

Auf der andern Seite sind die Willensmängel des Beschuldigten zu nennen, die vom Verteidiger verursacht sind. Ihre Folge ist eine fehlerhafte Erklärung des Beschuldigten oder eine solche des Verteidigers als *Vertreter in der Erklärung*. Zu ihnen werden auch die Willensmängel gezählt, die ursprünglich solche des Verteidigers waren, die aber auf dem Weg einer fehlerhaften Beratung zu solchen des Beschuldigten werden, und ebenso die Fälle, in welchen der Verteidiger den (fehlerlos gebildeten) Willen des Beschuldigten dem Gericht falsch bekanntgibt, wo vom Beschuldigten aus gesehen also ein Erklärungsirrtum vorliegt³⁴².

Im folgenden wird nur vom Normalfall die Rede sein, in welchem dem Beschuldigten während der Untersuchung oder vor Gericht ein Rechtsanwalt zur Seite steht, und nicht von den Ausnahmesituationen, in denen der Beschuldigte von einem Laien verteidigt oder von einem im Hintergrund bleibenden Rechtsanwalt beraten wird.

I. WILLENSMÄNGEL DES VERTEIDIGERS

1. Der Verteidiger als 'Vertreter im Willen'

Wie weit der Verteidiger bei Rechtsmittelverzicht und -rückzug als Vertreter im Willen zu handeln befugt ist, ist in der schweizerischen Lehre umstritten. Einerseits wird erklärt, der Verteidiger sei in seinem Handeln vom Willen des Beschuldigten völlig unabhängig³⁴³,

342 Auf Seiten des Verteidigers liegt in dieser Situation ein Motivirrtum vor.

343 PFENNINGER 152.

oder auch er könne das von ihm aber nicht das vom Beschuldigten selber eingelegte Rechtsmittel zurückziehen, und zwar auch gegen den Willen des letzteren³⁴⁴. Häufiger ist dagegen die Ansicht, dass ein Verzicht und Rückzug seitens des Verteidigers der Zustimmung des Beschuldigten bedürfe. Dabei genüge es jedoch nicht, wenn die Zustimmung in der allgemeinen Prozessvollmacht enthalten sei; sie müsse hinsichtlich eines bestimmten Rechtsmittels oder, beim Verzicht, in der betreffenden Situation nach der Urteilseröffnung stillschweigend oder ausdrücklich erklärt worden sein³⁴⁵.

Nicht eindeutig ist auch die Rechtsprechung. Das zürcherische Obergericht entschied im Jahr 1935, der § 52 ZH-ZPO³⁴⁶ fände auf den Strafprozess sinngemäss Anwendung, die dort verlangte ausdrückliche Ermächtigung zum Rechtsmittelrückzug könne auch in der allgemeinen Prozessvollmacht enthalten sein, und es sei unerheblich, ob dieser Passus vom Beschuldigten gelesen oder verstanden worden sei. Der Rückzug sei sogar gültig, wenn der Verteidiger von der Vollmacht pflichtwidrigen Gebrauch gemacht hätte³⁴⁷. Das zürcherische Kassationsgericht entschied einige Zeit später, dass der Verteidiger ein Rechtsmittel aber nicht gegen den *erklärten* Willen des

344 DUBACH 186.

345 MÜLLER, Verteidigung 101; MEILI 128; vgl. ferner HAUSER 89 f. sowie HERY 119 ff., der die Frage offen lässt.

346 Gemäss dem heutigen § 35 ZH-ZPO bedarf es für den Rechtsmittelrückzug keiner ausdrücklichen Ermächtigung mehr.

347' ZR 35 Nr. 7; mit Bestätigung durch das Kassationsgericht.

Beschuldigten zurückziehen könne³⁴⁸. Und in einem etwas anders gelagerten Fall³⁴⁹ vertrat die zürcherische Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte die Meinung, dass eine in der allgemeinen Prozessvollmacht des Anwaltes enthaltene Klausel jenen instandsetze, die Berufung mit Wirkung für den Mandanten zurückzuziehen, wobei nichts darauf ankomme, ob der Anwalt zuvor seinen Mandanten darüber befragt habe oder nicht.

Die bernische Rechtsprechung geht demgegenüber dahin, in solchen Fällen auf den Willen des Beschuldigten abzustellen. So entschied das bernische Obergericht, dass der Angeklagte nicht rechtsgültig auf das Rechtsmittel verzichtet habe, bei folgendem Sachverhalt³⁵⁰: Nach der mündlichen Urteilseröffnung teilte der Beschuldigte seinem Verteidiger mit, er gedenke nicht zu appellieren. Ohne dass er einen eigentlichen Auftrag erhalten hätte, erklärte darauf der Verteidiger dem Gericht gegenüber den Rechtsmittelverzicht, und tags darauf teilte der Beschuldigte dem Gericht mit, er appelliere, da er sich für unschuldig halte.

In Deutschland bestimmt § 302 Abs. 2 dStPO, dass der Verteidiger zur Zurücknahme eines Rechtsmittels ei-

348 ZR 70 Nr. 19 (= SJZ 68, 274); vgl. dazu die Note von FINK in SJZ 68, 316. Der Entscheid betrifft eine notwendige Verteidigung; für die fakultative Verteidigung hat er umso mehr Geltung.

349 ZR 70 Nr. 89. Hier hatte die Aufsichtskommission darüber zu befinden, ob der Anwalt, der die Berufung eines Verzeigers, seines Mandanten, von sich aus und ohne diesen gefragt zu haben zurückzog, gewissenhaft handelte oder nicht.

350 ZBJV 101, 70.

ner ausdrücklichen Ermächtigung des Beschuldigten bedarf. Anerkanntermassen hat diese Bestimmung analoge Geltung für den Verzicht³⁵¹. Fraglich ist aber, zu welchem Zeitpunkt die Ermächtigung rechtsgültig erteilt werden könne.

Es ist wohl herrschende Meinung, dass es nicht genügt, wenn diese bloss in der allgemeinen Prozessvollmacht enthalten, d.h. zu Beginn des Verfahrens erteilt worden ist. Verlangt wird vielmehr, dass sie vom Beschuldigten in Bezug auf ein bestimmtes, eingelegtes Rechtsmittel oder in der betreffenden Situation nach der Urteilseröffnung gegeben oder doch wenigstens bestätigt werde³⁵².

Dieser in Deutschland herrschenden Ansicht ist auch in der Schweiz der Vorzug zu geben. Nur so besteht Gewähr dafür, dass die Erklärung des Verteidigers auch dem Willen des Beschuldigten entspricht³⁵³. Bei dieser Regelung handelt der Verteidiger aber grundsätzlich als Vertreter in der Erklärung, als Vertreter im Willen nur, wenn sich der Beschuldigte keinen Willen bildete oder ihn nicht äussert.

2. Die Behandlung der Willensmängel des Verteidigers

Die Beachtlichkeit eines Willensmangels des Verteidigers wird grundsätzlich nach denselben Regeln beurteilt, wie sie auch für Willensmängel des Beschuldigten

351 GOLLWITZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 302 dStPO N. 59.

352 GOLLWITZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 302 dStPO N. 62 ff.; SCHMIDT, Lehrkommentar II, § 302 dStPO N. 10; ROXIN 285.

353 Vgl. MEILI 128. Nur wenn der Beschuldigte prozessunfähig ist, wäre eine Ausnahme gerechtfertigt.

selber gelten³⁵⁴, nämlich analog den Wiederherstellungsvorschriften. Abweichungen ergeben sich aber daraus, dass der Verteidiger rechtskundig und im Umgang mit Behörden vertraut ist, und dass seine Sorgfaltspflichten höher zu bewerten sind. Von ihm muss verlangt werden, dass er einer behördlichen Auskunft misstraut, wo der Beschuldigte als Laie auf sie noch hätte vertrauen dürfen, dass er einer Drohung mehr Widerstand entgegensetzt als jener, und dass er sein prozessuales Vorgehen mit grösserer Umsicht plant. Aus diesen Gründen wird die Beachtlicherklärung eines Willensmangels häufig an der Annahme eines Verschuldens scheitern. Wo der Willensmangel des Verteidigers hingegen beachtlich ist, gilt das auch im Verhältnis zum Beschuldigten; dieser oder jener können die Verzichts- oder Rückzugserklärung anfechten.

In den erstgenannten Fällen stellt sich jedoch die Frage, ob sich der Beschuldigte den Fehler seines Verteidigers müsse anrechnen lassen oder nicht. Sie ist m. E. stets zu verneinen³⁵⁵. Eine andere Lösung würde zu stossenden Resultaten führen; nicht nur, aber besonders dann, wenn der Verteidiger vom Gericht bestellt worden ist; der Beschuldigte hätte ja hier überhaupt keine Möglichkeit, auf ein Geschehen einzuwirken, das zu seinem Rechtsverlust führt. Die Tendenz, im Strafverfahren das

354 Gleicher Meinung DENCKER 74.

355 Gemäss § 199 Abs. 1 ZH-GVG fällt dagegen das Verschulden des Vertreters der Partei zu. Das mag für den freiheitlichen Zivilprozess sinnvoll und gerechtfertigt sein, ganz sicher aber nicht für den Strafprozess. Auch in Deutschland kam man davon ab, den § 232 Abs. 2 dZPO, der das Verschulden des Vertreters ebenfalls der Partei anlastete, analog auf das Strafverfahren anzuwenden (WENDISCH in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., § 44 dStPO N. 52 ff.).

Verschulden des Verteidigers nicht dem Beschuldigten anzurechnen³⁵⁶, ist daher ohne Zweifel sinnvoll. So anerkennt denn die herrschende Meinung in Deutschland "ein Verschulden des Verteidigers schlechthin, auch des Wahlverteidigers, als einen für den Beschuldigten 'unabwendbaren Zufall'" im Sinne von § 44 dStPO. Diese Praxis hat entgegen anfänglichen Befürchtungen zu keinen Schwierigkeiten geführt³⁵⁷.

Eine andere Sache wäre es allerdings, wenn der Beschuldigte den Willensmangel seines Verteidigers selber verursacht hätte, z.B. durch fehlerhafte Instruktionen etc. Sofern jenen dabei eine grobe Nachlässigkeit trifft, muss der Willensmangel des Verteidigers unbeachtlich sein. Das Verschulden auf Seiten des Beschuldigten wird nicht dadurch unschädlich, dass er seinen Verteidiger vorschiebt³⁵⁸.

II. DURCH DEN VERTEIDIGER VERURSACHTE WILLENSMÄNGEL DES BESCHULDIGTEN

Auch die Willensmängel dieser Art können in einem Irrtum, einer Täuschung oder einer Drohung bestehen. Von den bereits behandelten unterscheiden sich die hier möglichen Sachverhalte lediglich durch die Person des Verursachers; diese ist nicht die Behörde und kein Privater, sondern der Verteidiger. Der Unterschied, auf den im folgenden einzugehen ist, wirkt sich nur bei der

356 DENCKER 64; BINDOKAT 51.

357 WENDISCH in LÖWE/ROSENBERG, 1. Bd., § 44 dStPO N. 52 ff., 55; SCHMIDT, Lehrkommentar II, § 44 dStPO N. 13.

358 Vgl. oben Anm. 357.

Bewertung einer allfälligen Nachlässigkeit auf Seiten des Beschuldigten aus; er beeinflusst damit aber auch die Beachtlichkeit des Willensmangels selber.

Im übrigen kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

1. Irrtum und Täuschung

Die Hauptfrage, die es hier zu beantworten gilt, ist die, ob sich der Beschuldigte auf die Auskünfte seines Verteidigers verlassen dürfe. Dass er auf sie in weit höherem Mass abstellen darf als auf die Auskunft eines Privaten, steht ausser Zweifel. Fraglich ist aber, ob er in sie so viel Vertrauen setzen könne, wie in eine solche der zuständigen Behörde. Es ist m.a.W. zu untersuchen, ob die Grundsätze, die für die Behandlung der durch Behörden verursachten Willensmängel gelten, auch hier zur Anwendung gelangen sollen.

Der Sinn der Verteidigung durch einen Rechtskundigen liegt in der Herstellung eines Zustandes der Waffen-gleichheit und damit in der Förderung der Gerechtigkeit des Verfahrens und des Urteils. Das gilt in gleichem Mass für die notwendige wie für die fakultative Verteidigung. Gegenüber den dem Beschuldigten übergeordneten Rechtspflegeorganen kann das erforderliche Gegengewicht nur hergestellt werden, wenn zwischen Beschuldigtem und Verteidiger ein Vertrauensverhältnis besteht. Das bedeutet unter anderem, dass sich jener auf die Beratung und Auskünfte seines Verteidigers muss verlassen dürfen, ohne dass er jedesmal bei der zuständigen Behörde die Bestätigung ihrer Richtigkeit einzuholen hat. Deshalb

werden zur notwendigen wie auch zur berufsmässigen Verteidigung nur Rechtsanwälte zugelassen, d.h. Personen, die sich über ihre Rechtskenntnisse ausgewiesen haben. Diese Erwägungen sprechen dafür, dass sich der Beschuldigte, der auf die Richtigkeit der Auskunft seines Verteidigers vertraut, keine grobe Nachlässigkeit zuschulden kommen lässt.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass es auch Fälle geben kann, in welchen der Beschuldigte doch mit der Unrichtigkeit einer Auskunft rechnen muss, sei es weil er merkt, dass der Verteidiger aus Zeitnot nicht alle Aspekte einer Frage abklären konnte, sei es weil eine unzweifelhaft richtige Antwort - beispielsweise bei der Prognose über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels - zum voraus nicht möglich ist usw. In solchen Situationen muss von ihm verlangt werden, dass er im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren alles unternimmt, um zu einer sicheren Grundlage für seinen Entscheid über Verzicht oder Rückzug des Rechtsmittels zu kommen. Wo das nicht gelingt, muss der Beschuldigte zur Vorsicht ein Rechtsmittel einlegen oder vom Rückzug Abstand nehmen. Letztlich aber hängt die Frage, ob die Grösse eines allfälligen Verschuldens die Beachtlicherklärung des Willensmangels ausschliesse, auch hier von den Umständen des konkreten Falles ab³⁵⁹.

Für die vom Verteidiger verübte *Täuschung* gilt Entsprechendes, doch wird in der Regel eine Nachlässigkeit des Beschuldigten leichter ausgeschlossen und die Beachtlichkeit des Willensmangels eher bejaht werden können.

359 Vgl. dazu auch DENCKER 64 f.

Aehnlich liegen die Dinge bei dem durch den Verteidiger verursachten *Erklärungsirrtum* des Beschuldigten, der fast ausschliesslich in der Form auftreten wird, dass jener dem Gericht den Willen des Beschuldigten unrichtig wiedergibt. Er ist beachtlich, sofern der Umstand, dass der Verteidiger vom Willen des Beschuldigten ein falsches Bild erhielt, nicht auf grobe Nachlässigkeit des Beschuldigten zurückgeführt werden muss³⁶⁰.

2. Drohung und Zwang

Keine Besonderheiten gelten für die vom Verteidiger verübte Drohung oder Zwang. Auch hier bewegt sich die Lösung zwischen derjenigen, die gilt, wenn ein Privater, und derjenigen, die zur Anwendung gelangt, wenn die Behörde Verursacher ist. Immerhin ist die Verwandtschaft zwischen diesem letzteren und dem vorliegenden Sachverhalt grösser, und der Willensmangel daher meist auch beachtlich.

360 Vgl. Art. 27 OR zu dem ähnlichen Fall im Privatrecht.

§ 8 DAS VERFAHREN ZUR RÜCKGÄNGIGMACHTUNG EINER MIT
EINEM WILLENSMANGEL BEHAFTETEN ERKLÄRUNG

I. GRUNDSÄTZLICHES

Es ist im folgenden darzustellen, wie ein als beachtlich erkannter Willensmangel prozessual zu berücksichtigen ist. Ziel dieses Verfahrens ist die Rückführung des Prozesses in diejenige Rechtslage, die vor Abgabe der mit dem Willensmangel behafteten Erklärung bestanden hat. Hierzu bieten sich verschiedene Wege an.

Man kann die auf einem beachtlichen Willensmangel beruhende Erklärung als *unwirksam* oder *unbeachtlich* ansehen³⁶¹. Bei dieser Betrachtungsweise ergeben sich in zweierlei Hinsicht aber Bedenken³⁶². Zum einen wird allen den der fehlerhaften Erklärung nachfolgenden Prozesshandlung plötzlich der Boden entzogen, wenn sich nachträglich ergibt, dass ein Willensmangel vorgelegen und die Erklärung keinerlei Wirkung entfaltet hat. So würde sich beispielsweise eine Strafvollstreckung, die unmittelbar auf die fehlerhafte Verzichtserklärung folgt, im nachhinein als unzulässig herausstellen, da das Urteil in Wirklichkeit noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Ein solches Ergebnis ist nicht sinnvoll. Zum andern wäre dem Beschuldigten im Fall eines fehlerhaften Rechtsmittelverzichts nicht geholfen. Denn hier würde seine Verzichtserklärung nun zwar keine Wirkung entfalten, doch wäre, da ein Willensmangel meist nicht so-

361 So u.a. GOLLWITZER in LÖWE/ROSENBERG, 3. Bd., § 302 dStPO N. 44 ff.; SCHMIDT, Lehrkommentar I, Rn. 209.

362 Darauf weist auch DENCKER hin (S. 42).

fort entdeckt wird, in praktisch allen Fällen die Rechtsmittelfrist bereits abgelaufen. Das Urteil wäre rechtskräftig zum Zeitpunkt, an dem der Beschuldigte seinen Fehler korrigieren wollte, und die Korrektur wäre daher nicht mehr möglich.

Dagegen hat die bloße *Anfechtbarkeit* der fehlerhaften Erklärung den Vorteil, dass diese nicht nachträglich plötzlich ex tunc dahinfällt. Die Erklärung ist bis zum Zeitpunkt der Anfechtung als gültig und wirksam zu betrachten, und mit ihr auch die auf ihr basierenden anderen Prozesshandlungen. Mit der Unwirksamkeit teilt sie aber den Nachteil, dass eine Verzichtserklärung zwar angefochten und "ungeschehen" gemacht werden kann, dass aber das Urteil infolge Fristablaufs meist rechtskräftig und der Willensfehler unkorrigierbar geworden ist. Diese Schwierigkeit lässt sich nur lösen, wenn das *Verfahren der Restitution* zusätzlich und analog herangezogen wird³⁶³. Das liegt auf der Hand, nachdem wir die Analogie ja schon für die materielle Seite der Willensmängelproblematik befürwortet haben. So zielt also die Anfechtung gegen die fehlerhafte Erklärung, und die Wiederherstellung lässt die Prozesslage eintreten, die vor Abgabe der Erklärung bestand. Beide Elemente sind notwendig und ermöglichen zusammen die Korrektur des Willensfehlers.

Ob das Verfahren im einzelnen nun aber bloss als Anfechtung oder lediglich als Restitution bezeichnet und das andere Element stillschweigend mitverstanden wird, macht keinen Unterschied³⁶⁴. Wesentlich ist aber,

363 Gleicher Meinung DENCKER 45; SCHULZE 194; BJM 1965, 260. Unbestimmt PETERS 235.

364 Anderer Meinung DENCKER 44.

dass die Anfechtung nicht etwa als Bewirkungshandlung aufgefasst wird, die - ähnlich wie die gleichnamige Gestaltungserklärung im Privatrecht - die fehlerhafte Erklärung von alleine ungeschehen machen könnte. Sie ist *Erwirkungshandlung*, d.h. blosser Hinweis des Beschuldigten auf seinen Willensmangel mit dem Begehren, diesen zu berücksichtigen.

II. DAS VERFAHREN IM EINZELNEN

1. Berücksichtigung des Willensmangels von Amtes wegen?

Mit der Forderung, dass die Regeln des Wiederherstellungsverfahrens analog auch auf das Verfahren zur Willensmangelkorrektur angewendet werden sollen, ist die im Titel aufgeworfene Frage bereits beantwortet, und zwar im negativen Sinn: Willensmängel sind *nicht von Amtes wegen* zu berücksichtigen; es gilt das Dispositionsprinzip³⁶⁵. Eine andere Verfahrensform ist m.E. auch gar nicht praktikabel. Der Anstoss für die Berücksichtigung eines Willensmangels muss in der Regel vom Beschuldigten selber kommen, da Richter und Ankläger in den meisten Fällen von der Existenz des Mangels keine Kenntnis haben. Darüber hinaus kann im konkreten Fall fraglich sein, ob der Beschuldigte einen Willensmangel überhaupt korrigieren will, nachdem er ihn entdeckt hat. Es ist durchaus möglich, dass er aus anderen, neu hin-

365 Gleicher Meinung DENCKER 42 f. Anderer Meinung JOACHIM 257. Betreffend die Wiederherstellung vgl. HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 I.

Damit fällt auch diejenige Betrachtungsweise dahin, welche die Unwirksamkeit der fehlerhaften Willenserklärung statuiert, denn die Wirksamkeit einer Prozesshandlung muss von Amtes wegen geprüft werden.

zugekommenen Gründen nun an der abgegebenen Erklärung festhalten will.

Mit der Anerkennung des Dispositionsprinzips soll hingegen nicht ausgeschlossen werden, dass in bestimmten Fällen der Richter von sich aus untersucht, ob der erklärte Verzicht oder Rückzug dem wahren Willen des Beschuldigten entspricht. Wenn konkrete Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme sprechen, wäre es insbesondere beim Rechtsmittelrückzug sinnlos, das Verfahren abzuschreiben auf die Gefahr hin, dass die Erklärung nachher dann doch und mit Erfolg angefochten wird³⁶⁶.

2. Sachliche Zuständigkeit³⁶⁷

Die Anfechtung des *Rechtsmittelrückzugs* hat bei der Instanz zu erfolgen, die die prozessuale Folge der fehlerhaften Erklärung, also den Abschreibungsbeschluss anzuordnen oder angeordnet hat. Es kann, muss aber nicht³⁶⁸, auch direkt der Abschreibungsbeschluss bei der nächsthöheren Instanz angefochten werden³⁶⁹. Die Anfechtung der fehlerhaften Erklärung oder das miteingeschlossene Restitutionsbegehren werden dem Beschuldigten dabei einfach unterstellt. Nachdem der Entscheid über die Beachtlichkeit des Willensmangels aber seiner-

366 Zur entsprechenden Lage bei der Restitution vgl. KEHL 24.

367 Vgl. § 200 Abs. 2 ZH-GVG. Ferner § 168 Abs. 2 SO-StPO; § 16 Abs. 3 BS-StPO; § 48 Abs. 2 LU-StPO.
Zum Ganzen HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 VI; KEHL 24 ff.

368 Anderer Meinung ZR 35 Nr. 7.

369 Vgl. ZR 76 Nr. 111; SJZ 58, 22.

seits anfechtbar ist³⁷⁰, geht der Beschuldigte bei diesem Vorgehen einer Instanz verlustig.

Die Anfechtung des *Rechtsmittelverzichts* ist bei der Instanz zu erklären, bei der das Rechtsmittel hätte eingelegt werden müssen. Das ist je nach Rechtsmittel der "iudex a quo" oder der "iudex ad quem"³⁷¹.

3. Form und Inhalt

Wie das gewöhnliche Restitutionsbegehren³⁷² kann auch die Anfechtung formfrei, d.h. mündlich oder schriftlich erfolgen. Letzteres ist allerdings vorzuziehen.

Die Anfechtung kann ferner auch stillschweigend erklärt werden. So ist z.B. in der einer Verzichtserklärung nachfolgenden Rechtsmitteleinlegung stets die Anfechtung des Verzichts zu erblicken.

Das Begehren soll Auskunft geben über die Gründe der Anfechtung, insbesondere über die Art des Willensmangels, den Zeitpunkt seiner Entdeckung und über ein allfälliges Verschulden bzw. Nichtverschulden.

Dass beim fehlerhaften Rechtsmittelverzicht zusammen mit der Anfechtung gleichzeitig das Rechtsmittel ein-

370 Unten 153.

371 Vgl. zur speziellen Regelung bei der Berufung § 415 und 416 ZH-StPO, sowie HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 VI.

372 HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 II.
Vgl. dagegen § 168 Abs. 1 lit. b SO-StPO, § 16 Abs. 2 BS-StPO und § 48 Abs. 2 LU-StPO, die Schriftlichkeit verlangen.

gelegt werde, ist nicht notwendig, doch empfehlenswert³⁷³. Beim fehlerhaften Rechtsmittelrückzug stellt sich diese Frage natürlich nicht.

4. Frist

Aus der analogen Uebernahme der Restitutionsregeln ergibt sich auch die Befristung des Zeitraumes, in dem die Anfechtung erklärt werden kann. Die Anfechtungsfrist beträgt 10 Tage von dem Zeitpunkt an, an welchem der Irrtum bzw. die Täuschung entdeckt worden oder Drohung und Zwang weggefallen sind³⁷⁴. Die Frist ist aus Gründen der Rechtssicherheit kurz.

5. Beweisfragen

Die Frage erhebt sich, wer die Voraussetzungen für die Berücksichtigung eines Willensmangels zu beweisen hat, nämlich die Tatsache, dass ein Willensmangel überhaupt vorliegt, dass er die Hauptursache für die Abgabe der Verzichts- oder Rückzugserklärung bildete, dass kein grobes Verschulden auf Seiten des Beschuldigten vorlag und dass die Anfechtungsfrist gewahrt wurde. Die Beweislast liegt grundsätzlich beim Beschuldigten. Er hat seine Anfechtung ja zu begründen, und er wird in diesem

373 HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 III.

Die gleichzeitige Einlegung des Rechtsmittels wird jedoch von den Kantonen Wallis (Art. 32 Abs. 3 StPO), Basel-Stadt (§ 16 Abs. 3 StPO) und vom Bund (Art. 35 OG) verlangt.

374 § 199 Abs. 3 ZH-GVG; Art. 35 OG; § 168 Abs. 1 lit. b SO-StPO; § 53 AG-StPO; Art. 32 Abs. 2 VS-StPO; § 16 Abs. 2 BS-StPO; § 48 Abs. 1 LU-StPO.

Auch DENCKER (S. 45) und JOACHIM (S. 260) sprechen sich für die analoge Uebernahme der Frist aus § 45 dStPO aus.

Rahmen in der Regel auch den Beweis antreten können³⁷⁵. Schwierigkeiten ergeben sich allenfalls beim Beweis des Fehlens eines groben Verschuldens. Nach dem Grundsatz "negativa non sunt probanda" kann hier vom Beschuldigten nicht mehr verlangt werden, als dass er alle Gesichtspunkte ins Feld führt, die gegen eine grobe Nachlässigkeit sprechen; ein allfälliger Beweisnotstand darf sich nicht zu seinen Ungunsten auswirken³⁷⁶. An den Beweis, dass der Willensmangel die Hauptursache für die Erklärungsabgabe darstellte, dürfen ferner ebensowenig allzu strenge Anforderungen gestellt werden. Es geht hierbei um innere Tatsachen, die nie schlüssig bewiesen werden können.

6. Rechtsmittel

Bei dem die Anfechtung nicht zulassenden Entscheid handelt es sich, da es um Erklärungen geht, die das Verfahren endgültig zum Abschluss bringen, stets um einen den Beschuldigten beschwerenden Erledigungsentscheid. Er ist mit den diesbezüglichen, je nach kantonaler Prozessordnung gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar. Im Kanton Zürich stehen dem Beschuldigten nach Massgabe der § 404 und 428 der Rekurs oder die Nichtigkeitsbeschwerde offen³⁷⁷.

375 KEHL 29; HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 VII; DAHRMANN 91; SCHULZE 247.

376 Gleiche Meinung KEHL 29; HAUSER/HAUSER, § 221 GVG Anm. 6 VII.

377 Vgl. ZR 57 Nr. 131; 63 Nr. 44.
MEILI 108.

Lebenslauf

Am 27. Oktober 1949 in Zürich geboren und grösstenteils hier aufgewachsen, trat ich im Frühjahr 1962 in das kantonale Realgymnasium Zürich ein, bestand im Herbst 1968 die Matur (Typ B) und studierte darauf für die Dauer eines Jahres Chemie an der Universität Zürich. Im Herbst 1969 begann ich mit dem Studium der Jurisprudenz, das ich - mit einem Semester Unterbruch - im Februar 1974 mit dem Lizentiat abschloss. Es folgte während der restlichen Dauer desselben Jahres eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter der Firma NCR, Zürich auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung.

Von Januar 1975 bis Juli 1976 absolvierte ich als Auditor/Substitut ein Praktikum am Bezirksgericht Hinwil. Im Oktober 1976 bestand ich den schriftlichen Teil der Anwaltsprüfung und trat im November 1976 eine Halbtages-Assistentenstelle an der Universität Zürich (bei Herrn Prof. Dr. E. Stark) an. Im April 1977 erwarb ich sodann nach bestandenem mündlichen Prüfungsteil das zürcherische Anwaltspatent, beendete auf Ende Jahr meine Assistententätigkeit und begann anfangs 1978 mit der Arbeit an der Dissertation.

